Die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nach Uebereignung der Kaufsache.

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Breslau.

vorgelegt von

Hellmuth Wiese.

MASCHINENSATZ VON RENTSCH & CO.
BERLIN SW. 48, WILHELMSTRASSE 121

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Berichterstatter: Professor Dr. Bruck.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Gliederung.

Einleitung.

I. Abschnitt:

§ 1 Rechtliche Natur des ursprünglichen Eigentumsvorbehalts.

II. Abschnitt:

Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.

§ 2 Beweggründe der Parteien zum Abschluß eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts und sein Verhältnis zu anderen Sicherungsmitteln.

§ 3 Der Begriff „nachträglicher Eigentumsvorbehalt" und die wirkliche Rechtslage.

§ 4 Die obligatorische Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.

§ 5 Die rechtlichen Voraussetzungen der dringlichen Wirkung.

§ 6 Die Begründung seiner dringlichen Wirkung.

§ 7 Die Stellungnahme der Gegner zu der Frage des nachträglichen Eigentumsvorbehalts, insbesondere der Vorwurf der mangelnden Konkretisierung des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses.

III. Abschnitt:

§ 8 Die Wirkung der dinglichen Natur des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.

Schluß.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548211_0320

Literatur.

Bähr: Urteile des Reichsgerichts mit Besprechung.
Leipzig und München 1883.
Behrendt: Ueber die Wirksamkeit eines nachträglich vereinbarten Eigentumsvorbehalts.
Diss. Greifswald 1918.
Behrens: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Diss. Göttingen 1903.
Bertermann: Eigentumsvorbehalt und Verwirkungsklausel.
Diss. Heidelberg 1907.
Biermann: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
3. Aufl. 1914.
Börger: Ist ein nachträglich vereinbarter Eigentumsvorbehalt dritten gegenüber wirksam?
Diss. Leipzig 1909.
Brinckmann: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.
Diss. Greifswald 1918.
Bruck: Die Einigung im Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Berlin 1900.
Caspari: Der Eigentumsvorbehalt nach Bürgerlichem Gesetzbuch und beim Abzahlungsgesetz, sowie bei der Zwangsvollstreckung und im Konkurse.
Diss. Erlangen 1913.
Cosack: Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts.
6. Aufl. Jena 1913.
Crome: System des Deutschen bürgerlichen Rechts.
Tübingen 1915.
Dernburg: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
4. Aufl. 1908.
Düringer - Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Mannheim und Leipzig 1910.
Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts.
8. u. 9. Aufl. 1905.
Enneccerus - Kipp - Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 12./14. Aufl. Bd. II, 1, Das Sachenrecht von Martin Wolff.
Marburg 1921.

Exner: Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition.
Wien 1867.
Fischbach, Oskar: Treuhänder und Treuhandgeschäfte.
Mannheim u. Leipzig 1912.
Flechtheim: Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.
Jur. Wochenschrft. 1911, 345
Gaupp - Stein: Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich.
10. Aufl. 1913.
Geißler: Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache.
J.W. 05, 521 ff.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht.
Leipzig 1905.
Guyet: Der Eigentumsvorbehalt nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
Jena 1910.
Hellwig: Gläubigernot, Sicherungsübereignungen und andere Schiebungen. Recht und Wirtschaft 1, 27 ff.
Höniger: Die Sicherungsübereignung von Warenlagern.
Mannheim und Leipzig 1912.
Jaffé: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf.
Diss. Leipzig 1910.
Jaeger: Kommentar zur Konkurs-Ordnung.
5. Aufl. 1914.
Katzenstein: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien.
Gruchots Beitr. 49, 323 ff.
Kemperdick: Besitz, Gefahr, Nutzungen und Lasten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt.
Diss. Heidelberg 1910.
Koch: Die fiduziarische Sicherungsübereignung von beweglichen Sachen.
Diss. Rostock 1916.
Kohler: Vertrag und Uebergabe.
Arch. f. bürg. Recht 18, 1 ff.
Kommentar von Reichsgerichtsräten. Berlin und Leipzig.
IV. Aufl. 1922.
Kress, Hugo: Besitz und Recht.
Nürnberg und Leipzig 1909.
Kretzschmar: Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Leipzig 1906.
Kriegsmann: Der Rechtsgrund der Eigentumsübertragung.
Berlin 1905.

Kunze: Der Eigentumsvorbehalt nach § 455 B.G.B.
Diss. Leipzig 1913.
Leist: Die Sicherung von Forderungen durch Uebereignung von Mobilien.
Jena 1889.
Leonhard, Franz: Vertretung beim Fahrniserwerb.
Leipzig 1899.
Litten: Empfehlen sich gesetzliche Maßnahmen in bezug auf die Sicherungsübereignung?
Bericht in Verhandlungen des 31. Deutschen Juristentages III, 204 ff.
Loepert: Der Eigentumsvorbehalt beim Kauf nach gemeinem Recht u. Bürgerl. Gesetzbuch.
Diss. Heidelberg 1904.
Nathan: Die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen mittels constitutum possessorium zum Zwecke der Sicherung von Forderungen.
Diss. Tübingen 1909.
Neumann: Handausgabe des Bürgerl. Gesetzbuches für das Deutsche Reich.
6. Aufl. 1912.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Recht der Schuldverhältnisse.
3./4. Aufl. 1910.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
4. Aufl. 1920.
Przibilla: Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes unter Ausschluß des Erwerbs durch Stellvertreter.
Diss. Freiburg 1905.
Przibilla: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz.
JW. 08, 395 ff.
Rohde: Studien im Besitzrecht, Abschnitt XXI. Der mittelbare Besitz.
Düsseldorf 1907.
Rosenberg: Sachenrecht im Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Hölder u. a.
München 1919.
Rothschild: Der Eigentumsvorbehalt des Verkäufers.
Diss. Würzburg 1915.
Schlochauer: Die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.
Diss. Königsberg 1913.
Schmidt: Die Wirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.
Diss. Greifswald 1913.
Schwarz: Sicherungsübereignung an Warenlagern.
Diss. Greifswald 1914.

Senf: Ist die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts dritten gegenüber wirksam?
Diss. Heidelberg 1911.
Siméon: Recht und Rechtsgang im Deutschen Reiche.
7. Aufl.
Simmet: Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts nach Uebereignung der Kaufsache.
J.W. 11, 705.
Sokolowski: Die Philosophie im Privatrecht.
Halle 1907.
Sonnenschein: Sicherungseigentum und Nießbrauch im System des fiduziarischen Rechts.
Diss. Greifswald 1913.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
Bln., 11. Aufl. 1921.
v. Staudinger: Kommentar z. Bürgerl. Gesetzbuch.
7./8. Aufl. 1912.
Strauß: Der Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes.
Diss. Rostock 1904.
Strohal: Der Sachbesitz des Bürgerl. Gesetzbuches in Iherings J. B. 38, 1 ff.
Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?
Arch. f. bürg. Recht 20, 240 ff.
Turnau-Förster: Das Sachenrecht des Bürgerl. Gesetzbuchs.
3. Aufl. 1906.
Wendt: Der mittelbare Besitz des Bürgerl. Gesetzbuches.
Arch. f. ziv. Pr. 87, 40 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts.
9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die zivilistische Praxis.
Deutsche Juristen-Zeitung.
Gruchots Beiträge zu Erläuterungen des Deutschen Rechts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Ihering's Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerl. Rechts.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Einleitung.

Eine der Hauptgrundlagen des modernen Verkehrs- und Wirtschaftslebens ist der Kredit. Von jeher hat der Kredit im Handel eine bedeutende Rolle gespielt. Ein sprechender Beweis dafür ist das frühe Aufkommen des Wechsels. Mit der zunehmenden Ansammlung von Kapital hat der Kredit im Handel ständig an Bedeutung gewonnen; seine volle Bedeutung hat er jedoch erst mit dem Aufkommen des modernen Kapitalismus, dem Uebergang von der Geld- zur Kreditwirtschaft erlangt.

Die wirtschaftliche Funktion des Kredites liegt in erster Linie in der Beschleunigung des Umsatzes der Waren, wodurch eine Vergrößerung der Produktion bedingt ist, die wiederum bei günstigen Absatzverhältnissen steigenden Wohlstand der Bevölkerung eines Landes zur Folge hat. Die Schnelligkeit jeder wirtschaftlichen Funktion wird also durch den Kredit vergrößert.

Der Kreditverkehr bringt andererseits aber auch viele Gefahren mit sich; besonders dann, wenn der Kredit für rein persönliche Bedürfnisse gewährt wird. Man spricht in solchen Fällen, wenn das Kreditieren des täglichen Bedarfs weit verbreitet ist, vom Borgsystem und kennzeichnet mit diesem Wort die ganze Erscheinung als etwas nachteiliges. Der Kreditierende sucht sich daher möglichst gegen die daraus erwachsenden Schäden zu schützen. Dies kann er aber nur, wenn der Kreditverkehr einen Rückhalt in geordneten Rechtszuständen und in einer sicheren Rechtspflege hat. Einem kapitalschwachen Käufer gegenüber stehen dem kreditierenden Verkäufer indes wenig oder gar keine Sicherungsmittel zur Verfügung. Einerseits möchte der Verkäufer das Bedürfnis des Käufers nach Anschaffung von Gegenständen, die er in seinem Haushalt oder Erwerbsgeschäft dringend braucht und auch nach Abschluß des Kaufvertrages sofort in Benutzung nehmen möchte, gern befriedigen; andererseits verlangt er nach einer Sicherheit für die kreditierte Kaufpreisforderung, die ein zahlungsunfähiger Schuldner mangels entbehrlicher anderer Gegenstände ihm nicht gewähren kann. Es besteht also die Notwendigkeit, einen Ausgleich dieser gegenseitigen Bedürfnisse zu schaffen. Diesen Ausgleich hat die Rechtsordnung herbeigeführt. Sie hat ein Institut geschaffen, das auf dem Gebiete des Kredithandels immer größere Bedeutung erlangt

hat, nämlich den Eigentumsvorbehalt. Er hat die Aufgabe, dem kreditierenden Verkäufer eine Sicherheit für die gestundete Kaufpreisforderung zu gewähren. Seine Hauptbedeutung hat er bei den sogenannten Abzahlungsgeschäften, die in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts aufkamen. Ihr Zweck ist folgender: es soll den kapitalsarmen Bevölkerungsklassen die Möglichkeit gegeben werden, sich Güter, die zum Betriebe eines Erwerbsgeschäfts oder zu ihrer Lebenshaltung nötig sind, zu verschaffen, indem die Ware dem Verkäufer schon vor vollständiger Berichtigung des Kaufpreises übergeben und der Kaufpreis in Raten entrichtet wird. Besonders häufig sind diese Geschäfte beim Kauf von Nähmaschinen, Maschinen für das Kleingewerbe, Autos, Klavieren, Möbeln, Kleidern, ganzen Aussteuern usw. Der wirtschaftliche Boden des Eigentumsvorbehalts ist also der Kredithandel mit beweglichen Sachen.

Den gesetzlichen Niederschlag hat der Eigentumsvorbehalt im § 455 B.G.B. gefunden. Jedoch schon vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde ein besonderes Gesetz, das Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. 5. 96 erlassen, das durch den § 455 B.G.B. nicht berührt wird. Es will die bei den Abzahlungsgeschäften zutage getretenen Auswucherungen zugunsten der meistens wirtschaftlich schwachen Abzahlungskäufer beseitigen.

Der § 455 definiert den Eigentumsvorbehalt folgendermaßen: „Hat sich der Verkäufer einer beweglichen Sache das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Uebertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und daß der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt ist, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt."

Für den Verkäufer besteht hiernach die Hauptwirkung der Vereinbarung darin, daß ihm das Eigentum bis zur Zahlung vorbehalten bleibt, während das Interesse des Käufers dadurch gewahrt ist, daß er die Sache schon jetzt in Besitz nehmen und gebrauchen darf. Typisch für diese Form der Sicherung ist also die Sicherung des Verkäufers durch das Kaufobjekt selbst. Trotzdem das Sicherungsobjekt im Besitz des Käufers bleibt, gewährt diese Form der Sicherung dem Verkäufer eine starke rechtliche Position; sie wirkt sich dann vor allem aus, wenn andere Gläubiger gegen den insolventen Käufer vorgehen und die Zwangsvollstreckung in das Sicherungsobjekt betreiben wollen.

Ist nun die Vereinbarung dieses Eigentumsvorbehalts an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden? Muß er unbedingt bei Abschluß des Kaufvertrages vereinbart werden? Oder ist dies auch noch später möglich? Unzweifelhaft ist er bis zur Ueber-

gabe möglich, ja, auch nachdem diese schon erfolgt ist, wenn noch keine Einigung stattgefunden hat. Wie liegt der Fall aber dann, wenn die Sache schon in das Eigentum des Käufers übergegangen ist? Kann sich der Verkäufer auch nachträglich noch das Eigentum vorbehalten? Welche Wirkung hat dies? Insbesondere: ist die bloße nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts imstande, dem Verkäufer wieder das Eigentum zu verschaffen? Von welcher Bedeutung diese Frage für ihn ist, zeigt sich im Konkurse des Käufers oder bei der Zwangsvollstreckung in sein Vermögen, wo es also auf die Anerkennung des Eigentums des Verkäufers im Verhältnis zu dritten ankommt.

Die Aufgabe der vorliegenden Abhandlung wird es daher sein, die Wirkung einer derartigen Vereinbarung einer näheren Betrachtung zu unterziehen.

I. Abschnitt.

§ 1.

Die rechtliche Natur des ursprünglichen Eigentumsvorbehalts.

Bevor wir uns der Lösung unserer Aufgabe zuwenden, wollen wir noch einige Bemerkungen über die rechtliche Natur des ursprünglichen, also bei Abschluß des Kaufvertrages vereinbarten Eigentumsvorbehaltes machen, ohne dabei weiter auf ihn einzugehen, als zum Verständnis und zur Beurteilung des Problems notwendig ist.

Gemäß § 433 B.G.B. wird der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen, während der Käufer dem Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis zu zahlen und die gekaufte Sache abzunehmen hat. Mit Einigung und Uebergabe geht das Eigentum auf den Käufer über. Es ist aber auch möglich, daß der Verkäufer seine Leistung vornimmt und erklärt, auf die Gegenleistung warten zu wollen, m. a. Worten, er gewährt dem Käufer Kredit. Der Käufer wird aber dann schon mit der Uebergabe Eigentümer, und der Käufer hat nur noch eine Forderung auf den Kaufpreis, sein Eigentum aber hat er verloren. Um hier dagegen gesichert zu sein, daß ihm ein solches freiwilliges Aufgeben seines Rechts nicht zum Nachteil gereicht, kann er sich seinerseits auch dinglich sichern, indem er ausdrücklich erklärt, daß die Uebergabe nicht als Eigentumsübertragung aufzufassen ist; er behält sich vielmehr das Eigentum noch vor und zwar so lange, bis die Verpflichtung der Gegenpartei, die Zahlung des Kaufpreises, erfüllt ist. In dinglicher Hinsicht liegt also beim Eigentumsvorbehalt eine aufschiebend bedingte Uebertragung des Eigentums vor.

Die Uebereignung einer beweglichen Sache geschieht nach § 929 B.G.B. durch Einigung und Uebergabe. Beide stehen selbständig nebeneinander, wenn sie auch zu gleicher Zeit erfolgen. Es ist jedenfalls die Möglichkeit vorhanden, daß sie auseinanderfallen und sind daher juristisch scharf von einander zu scheiden. Niemals aber genügt eines der beiden Erfordernisse zur Uebereignung; das Bürgerliche Gesetzbuch hat damit das Traditionssystem angenommen. Nur in Ausnahmefällen kann die Uebergabe ersetzt werden: nämlich durch brevi manu traditio, constitutum possessorium und Vindaktionszession. Die Einigung, die sich als Willensübereinstimmung der Beteiligten über den Eigentumswechsel darstellt, braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, ja, man kann sagen, in den meisten Fällen erfolgt sie nicht ausdrücklich, sondern stillschweigend. Dann wird die Absicht der Uebereignung aus der der Ueber-

eignung zugrunde liegenden causa, die aber von dem dinglichen Vertrag scharf zu scheiden ist, hervorgehen[1]). Ist ein Kaufvertrag abgeschlossen und nichts von einer ausdrücklichen Einigung erwähnt, so wollen die Parteien mit der Uebergabe der Kaufsache den Willen zum Ausdruck bringen, daß das Eigentum vom Verkäufer auf den Käufer übergehen soll. Die Uebergabe ist der Ausdruck ihrer Einigung. Ueber ihre rechtliche Natur herrscht Streit. Die herrschende Meinung charakterisiert sie als dinglichen Vertrag[2]). Denn sie stellt sich dar als die Willenseinigung zweier Personen, die sich auf die Herbeiführung eines gemeinsam gewollten und sie als gegenüberstehende Parteien verbindenden Rechtserfolges bezieht.

Bei dem Eigentumsvorbehalt ist nun die Uebertragung des Eigentums im Zweifel aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises. Die Bedingung tritt aber nicht zu den beiden Erfordernissen der Uebereignung, der Einigung und Uebergabe, hinzu, sondern nur zur Einigung, während die Uebergabe ohne Bedingung vollzogen wird. Auf diese Weise tritt die Wirkung des Uebereignungsaktes, der Uebergang der tatsächlichen Gewalt, sofort ein, während die rechtliche Wirkung, der Eigentumsübergang, erst später zustande kommt, nämlich mit Eintritt der Bedingung, und zwar hat dann der Käufer nicht bloß einen obligatorischen Anspruch auf die Uebertragung des Eigentums, sondern die Bedingung läßt diese Wirkung ipso iure eintreten (§ 158 I). Da durch die Bedingtheit der Eigentumsübertragung der Kaufvertrag selbst nicht bedingt ist, so ist nicht etwa die beiderseitige Erfüllung des Kaufes hinausgeschoben, sondern nur die Fälligkeit der hauptsächlichsten Leistung des Käufers, die Zahlung[3]).

Den Parteien ist jedoch nicht die Möglichkeit genommen, eine resolutiv-bedingte Uebereignung zu vereinbaren, bei der gemäß § 158 II das Eigentum auf den Käufer dergestalt übertragen wird, daß es im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises an den Verkäufer ipso iure zurückfällt; denn nach der Vorschrift des § 455 hat die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts im Zweifel suspensive Bedingtheit der Uebereignung zur Folge. Der § 455 ist also bezüglich der Art der Bedingung nur als Auslegungsregel zu werten[4]). Sie greift daher nur Platz, wenn sich aus den Vereinbarungen der Parteien nicht ein anderer Wille ergibt. Es hat aber seinen guten Grund, wenn das

[1]) Staudinger Anm. IV, 1 zu § 929, Dernburg § 100, I, 3, Crome III § 378, 1a.

[2]) Crome III § 364 S. 112, Dernburg § 100 I S. 337, Planck III Vorbem. S. 15; Staudinger B 2 zu § 873; Endemann II, 1 § 19 S. 87; v. Gierke S. 314 Anm. 39; Turnau-Förster I 90 a. M. Bruck S. 14 und 52

[3]) Staub, Anm. 63 b zu § 382.

[4]) Staudinger I, 1 u. 3 zu § 455.

Gesetz sich für den suspensiv bedingten Eigentumsvorbehalt entschieden hat; denn damit trägt es dem wirtschaftlichen Bedürfnis der Kontrahenten Rechnung, während die Vereinbarung eines resolutiv bedingten Vorbehalts immer eine Ausnahme sein wird, da der Verkäufer durch eine derartige Vereinbarung die Sicherungskraft des Eigentumsvorbehalts erheblich mindern würde. Hätte doch der Käufer während des Schwebens der Bedingung das Eigentum an der Kaufsache, wodurch der Verkäufer im Konkurse des Käufers in die Position eines gewöhnlichen Konkursgläubigers versetzt würde.

Neben der dinglichen Wirkung hat die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts aber noch eine obligatorische Wirkung. Der § 455 gewährt nämlich dem Verkäufer das Recht, vom Vertrage zurückzutreten, wenn der Käufer mit der Zahlung in Verzug kommt. Der Verkäufer kann also sowohl den Eigentumsvorbehalt als auch das Rücktrittsrecht geltend machen. Fordert er die Sache vom Käufer mit der rei vindicatio wieder zurück, ohne den Rücktritt zu erklären, so löst er damit noch nicht den Kaufvertrag auf. Der Verkäufer ist daher nicht verpflichtet, die etwa bereits geleisteten Anzahlungen des Käufers gegen die Kaufsache zurückzugeben, da die Geltendmachung des Eigentumsanspruchs die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage unberührt läßt und für sich allein noch nicht den Rücktritt vom Vertrage enthält[5]) — auf eine Ausnahme werden wir gleich zu sprechen kommen. — Auf Grund des Eigentumsvorbehalts, den der Verkäufer mit der rei vindicatio geltend macht, kann er sich wieder in den Besitz der Sache setzen. Da aber der Kaufvertrag weiter besteht, hat er kein Verfügungsrecht über sie; denn dem Käufer muß bis zur Auflösung des Kaufvertrages noch das Recht zustehen, dem Verkäufer seine Leistung anzubieten, um so seinerseits den Kaufvertrag erfüllen zu können. Infolgedessen muß der Verkäufer die Sache dem Käufer weiter zur Verfügung halten. Diesen Zustand kann er dadurch beenden, daß er den Rücktritt vom Vertrage erklärt und damit den Kaufvertrag zur Auflösung bringt. Meist wird jedoch der Verkäufer neben der Vindikation zugleich den Rücktritt erklären; gezwungen ist er aber hierzu nicht. Eine Ausnahme enthält indessen der § 5 des Abzahlungsgesetzes. Nach dieser Vorschrift ist mit der Vindikation die Geltendmachung des Rücktritts unlösbar verbunden. Mit Zurücknahme der Sache auf Grund des vorbehaltenen Eigentums ist zugleich der Kaufvertrag zur Auflösung gebracht. Diese Bestimmung hat den Zweck, den Käufer vor der Ausbeutung durch den Verkäufer zu schützen.

---

[5]) Staudinger II, 4 zu § 455, Oertmann Anm. 1 zu § 455; Staub, Anm. 64 zu § 382. Komm. von R.G.-Räten Anm. 1 zu § 455.

II. Abschnitt.

Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt.

§ 2.

Beweggründe der Parteien zum Abschluß eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts und sein Verhältnis zu anderen Sicherheitsmitteln.

Wenn die Parteien nach der unbedingten Uebereignung einen Eigentumsvorbehalt vereinbaren, so können sie verschiedene Gründe dazu veranlaßt haben. Meist wird es sich darum handeln, daß sich die Vermögensverhältnisse des Käufers verschlechtert haben, daß er mit der Bezahlung in Verzug kommt oder um weitere Stundung des Kaufpreises nachsucht, die der Verkäufer nur gegen Sicherheit zu gewähren bereit ist. Möglich ist auch, daß die Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts beim Abschluß des Kaufvertrages unterblieben ist, daß also diese Vereinbarung mit dem Kaufvertrag zusammen getroffen werden sollte, aber aus Nachlässigkeit oder Sorglosigkeit des Verkäufers vergessen worden ist[6]). Es kann aber auch vorkommen, daß der Verkäufer sich vorbehält, später mit dem Käufer einen Eigentumsvorbehalt zu vereinbaren. Wie ist diese Vertragsbestimmung zu beurteilen? Da diese Klausel einen Teil des Vertrages bildet, so kann sie nicht dieselbe Bedeutung haben, wie die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts. Vielmehr ist in diesem Falle der Eigentumsvorbehalt bereits vereinbart, das Eigentum ist nicht unbedingt auf den Käufer übergegangen. „Es soll später nur die schriftliche Fixierung stattfinden, ohne daß davon die Gültigkeit des bereits perfekten Vertrages irgendwie abhängig gemacht werden soll. Die nachträgliche schriftliche Fixierung stellt dann nur eine Beweisurkunde der mündlichen Vereinbarung dar.“[7])

Es drängt sich nun die Frage auf, warum die Kontrahenten gerade einen Eigentumsvorbehalt wählen, um dem Verkäufer eine Sicherheit dafür zu gewähren, daß er den Käufer weiter im Besitz der Kaufsache läßt. Stehen ihm nicht auch andere Mittel zur Verfügung, die sein Bedürfnis nach Sicherung zu befriedigen geeignet sind? Warum gibt er gerade dem Eigentumsvorbehalt den Vorzug?

---

[6]) Schlochauer, S. 5.

[7]) Senf S. 9, ferner Endemann I S. 305 Anm. 25; Seuff. Arch. 36 Nr. 19, Arch. f. ziv. Pr. 87, 87 ff.

Sehr oft wird die Notwendigkeit der Sicherung dann für ihn in Frage kommen, wenn der Käufer in Zahlungsschwierigkeiten geraten ist. Er könnte hier die Klage auf Zahlung zwecks Zwangsvollstreckung erheben. Sie würde ihm aber wenig nützen, insbesondere dann, wenn die Sache nach § 811 Z P.O. zu den nicht pfändbaren Gegenständen gehört. Bestenfalls ist er damit in die Lage versetzt, bei der Versteigerung mitzubieten und so seine eigene Sache zurückzukaufen. Meldet der Käufer inzwischen Konkurs an, so müßte der Verkäufer sich mit der Konkursdividende begnügen, da er ja nur gewöhnlicher Konkursgläubiger ist; gegebenenfalls wäre er dem Zwangsvergleich unterworfen. Könnte der Käufer aber nicht ein Pfandrecht an einer ihm gehörigen Sache bestellen? Auch diese Möglichkeit hat meistens keine praktische Bedeutung. Ein Mensch, der sich in Zahlungsschwierigkeiten befindet, wird selten entbehrliche Vermögensgegenstände besitzen, an denen er dem Verkäufer ein Pfandrecht bestellen könnte. Die Möglichkeit aber, die gekaufte Sache selbst zu verpfänden, kommt ebenfalls nicht in Frage, denn das Gesetz verbietet eine Pfandbestellung ohne Besitzübergabe (§ 1205 B.G.B.), und der Käufer wird die Sache nicht herausgeben wollen, da er sie in seinem Haushalt oder Erwerbsgeschäft dringend gebraucht. Der Ersatz der Uebergabe durch constitutum possessorium ist bei der Pfandbestellung aber nicht zugelassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch wollte mit dem Faustpfandprinzip die für den Rechtsverkehr wegen des Mangels der Offenkundigkeit schädliche Mobiliarhypothek beseitigen, obwohl dringend das Vertragspfand oder mindestens die Zulässigkeit des Konstituts gefordert wurde[5]). Infolgedessen hat sich der Gedanke der Realsicherung ohne Sachbesitz auf anderem Wege Anerkennung verschafft: in dem Eigentumsvorbehalt. Er hat sich als Reaktionsmittel gegen das Mobiliarfaustpfandrecht entwickelt. Der Eigentumsvorbehalt ist daher, da er den Interessen beider Kontrahenten dient, das einzige Mittel, das dem Verkäufer eine genügende Sicherheit verschafft. Denn in erster Linie muß er daran denken, die Erfüllung des Kaufvertrags durch den Käufer zu erreichen. Wenn auch die Sache durch den Gebrauch minderwertig geworden ist, so kann er sie doch als Druckmittel durch nachträgliche Vereinbarung des Vorbehalts gegen den Käufer verwenden, um ihn unter Gewährung der Stundung mit Ratenzahlung allmählich zur Tilgung zu bewegen, während der Käufer den Vorteil hat, daß er im Besitz der Sache bleiben und sie für seine Zwecke benutzen darf.

Die Sicherung, die der Verkäufer erstrebt, könnte er allerdings auch mit Hilfe eines anderen Instituts, nämlich der Siche-

[5]) Prot. III, 198.

rungsübereignung, erreichen. Da das Faustpfand als einzige Form der Mobiliarbeleihung wirtschaftlich nicht ausreicht und weite Kreise daher durch die Regelung im § 1205 jeder Möglichkeit beraubt werden, sich Kredit zu verschaffen, suchte man nach einem Ausweg, der eine Sicherstellung des Gläubigers ermöglichte, ohne daß der Schuldner den Besitz des Sicherungsobjektes entbehren muß. Gibt es doch viele, die zwar keine zur Verpfändung geeigneten Sachen besitzen, denen aber doch in Menge wertvolle Mobilien gehören, die nur deshalb nicht als Faustpfand hingegeben werden können, weil sie für den Kreditsuchenden unentbehrlich sind.

Diesen Ausweg hat man darin gefunden, daß man, ohne den Bestand des Rechts zu berühren, bereits bestehende Rechte dem Sicherungszweck unterwirft, indem man das Recht zur Sicherung überträgt. Man spricht hier von einer Sicherungsübereignung, und zwar wird das Eigentumsrecht durch Uebertragung auf den Gläubiger als Sicherungsmittel benutzt.

Für die Zulässigkeit einer derartigen Sicherstellung des Gläubigers beruft man sich auf § 223 II, der von der Sicherung eines Anspruchs durch Uebertragung eines Rechts spricht[9]). Die Sicherungsübereignung, deren Gültigkeit lange Zeit bestritten war — auf die Gründe soll später noch eingegangen werden — hat sich im Rechtsverkehr immer mehr Anerkennung verschafft, so daß man hier von einer gewohnheitsrechtlichen Bildung sprechen kann[10]). Praktische Bedeutung hat allein die besitzlose Sicherungsübereignung; denn da es sich meist um unentbehrliche Gegenstände oder Sachgesamtheiten handelt, ersetzt man die Uebergabe, um dem Schuldner den Genuß des Besitzes und Gebrauchs der Sache zu überlassen, durch das constitutum possessorium.

Die Sicherungsübereignung tritt in zwei Formen auf: der fiduziarischen und der bedingten Sicherungsübereignung. Bei der ersten hat der Sicherungsübereigner nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückübertragung des Eigentums, nachdem die Notwendigkeit der Sicherung weggefallen ist, während bei der bedingten Sicherungsübereignung der Eigentumswechsel ipso iure durch Tilgung der Schuld herbeigeführt wird[11]).

Nicht in den Kreis der Sicherungsübereignungen gehört jedoch der Fall, daß zur Sicherung einer Forderung eine Verpflichtung des Schuldners begründet wird, das Eigentum an einer bestimmten Sache auf den Gläubiger zu übertragen, wenn die Forderung nicht getilgt wird. Diese Sicherung hat für den Gläubiger wenig Wert, da der Schuldner Eigentümer

[9]) Staudinger Anm. 3 zu § 930.
[10]) Nathan, S. 49.
[11]) Staub, Anm. 95 zu § 368.

der Sache bleibt, also das volle Verfügungsrecht über sie hat und nur obligatorisch zur Uebertragung des Eigentums im Falle der Nichtzahlung verpflichtet ist.

Die Sicherungsfunktionen der Sicherungsübereignung in der oben dargestellten Form sind also dieselben wie beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt. Man kann diesen als Unterfall der Sicherungsübereignung bezeichnen; denn bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt muß ja, wenn er dinglich wirksam sein soll, ein Eigentumswechsel eintreten. Hier wie dort wird eine im Eigentum des Schuldners befindliche Sache an den Gläubiger sicherungshalber übereignet; allerdings gilt diese Uebereinstimmung nur für die bedingte Sicherungsübereignung. Hervorzuheben sind jedoch folgende Unterschiede[12]): Bei der Sicherungsübereignung kommt es gewöhnlich dem Kreditgeber lediglich auf die Sicherung seiner Forderung an. Welche Sachen ihm zur Sicherheit übereignet werden, ist ihm gleichgültig. Er ist nur an dem Wert des Sicherungsobjekts, sei es eine Einzelsache oder eine Sachgesamtheit, interessiert, der ihm bei Nichttilgung der Schuld einer genügende Entschädigung bietet. Bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt dagegen richtet sich sein Interesse darauf, wieder Eigentümer der Sache zu werden, die früher schon in seinem Eigentum gestanden hat. Er will damit verhindern, daß der Käufer die Kaufsache, die durch die vorbehaltlose Uebereignung in sein Eigentum übergegangen ist, erwirbt, ohne den Kaufpreis zu bezahlen, so daß er jetzt die Möglichkeit hätte, die Sache weiter zu veräußern. Ein anderer Unterschied zwischen dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübereignung liegt darin, daß bei dieser die Forderung aus jedem beliebigen Rechtsgeschäft stammen kann, während bei jenem diese Forderung immer eine Kaufpreisforderung ist und zwar eine Kaufpreisforderung für die Sache, die dem Gläubiger schon vorher gehört hat.

A priori wird man also, wenn die Parteien von einer Sicherungsübereignung nichts erwähnen, sondern nur darüber einig sind, daß dem Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten bleiben soll, annehmen müssen, daß sie nachträglich einen Eigentumsvorbehalt vereinbart haben. Ob aber trotz des Umstandes, daß der Verkäufer im Rahmen des von ihm geschlossenen Kaufvertrages Sicherheit gerade an der verkauften Sache haben wollte und die Kontrahenten auf den zwischen ihnen wegen dieser Sache bereits vorher geschlossenen Vertrag stillschweigend zurückgegriffen haben, die Anwendung der Sicherungsübereignung in Frage kommt, wird die folgende Betrachtung zeigen.

[12]) Schlochauer, S. 9.

§ 3.

Der Begriff „nachträglicher Eigentumsvorbehalt“ und die wirkliche Rechtslage.

Bevor wir in eine Erörterung der rechtlichen Wirkung der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts eintreten, bedarf es noch einiger Bemerkungen über den Begriff „nachträglicher Eigentumsvorbehalt“; denn wir müssen uns darüber klar sein, daß ein eigentlicher Vorbehalt in seiner wörtlichen Bedeutung gar nicht vorliegt, da der Verkäufer sein Eigentum verloren hat und es nicht möglich ist, sich etwas vorzubehalten, was man aufgegeben hat.

Zu diesem Zweck müssen wir noch einmal auf den ursprünglichen Eigentumsvorbehalt zurückgreifen. Hier entspricht beim suspensiv-bedingten Eigentumsvorbehalt die Bezeichnung „Vorbehalt“ dem, was der Verkäufer mit der Vereinbarung bewirken wollte, nämlich ein Vorenthalten bzw. Zurückhalten des Eigentums. Vereinbaren die Parteien aber einen resolutiv-bedingten Eigentumsvorbehalt, so entstehen schon Zweifel, ob dieser Eigentumsvorbehalt begrifflich überhaupt ein Vorbehalt ist: denn hier deckt sich der Begriff Vorbehalt keineswegs mit der durch die Vereinbarung geschaffenen Rechtslage, da man sich nicht etwas vorbehalten kann, was man unbedingt aus der Hand gegeben hat. Höchstens könnte man sagen, daß sich der Verkäufer die Möglichkeit vorbehält, das Eigentum wieder zu erlangen, so daß man den resolutiv-bedingten Eigentumsvorbehalt als Vorbehalt des Eigentumsrückfalls bezeichnen könnte. Leist[13]) spricht hier von einem Anrecht, das sich der Verkäufer vorbehält. In dieser Form läßt sich der Ausdruck Vorbehalt beim resolutiv-bedingten Eigentumsvorbehalt noch aufrecht erhalten. In keiner Weise stimmt aber die Bedeutung des Wortes Vorbehalt mit der Rechtslage bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt überein. Es kann sich hier, da die nachträgliche Vereinbarung darauf abzielt, dem Verkäufer das Eigentum an der verkauften und übergebenen Sache wieder zu verschaffen, nur um ein Wiedererlangen handeln[14]). Wenn man aber allein aus der Erwägung heraus, daß beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt ein Vorbehalt gar nicht vorliegt, der nachträglichen Vereinbarung die Gültigkeit versagt, wie z. B. Behrens[15]) und Bertermann[16]), so ist das kein stichhaltiger Grund, denn es ist ja damit noch gar nicht die Frage geprüft worden, welche

[13]) S. 42.
[14]) Schlochauer, S. 13.
[15]) S. 21.
[16]) S. 35.

Wirkung die nachträgliche Vereinbarung überhaupt haben kann.

Es wird sich indes kein besserer Ausdruck finden lassen, wenn man den Tatbestand nicht umschreiben will. Im übrigen entsprechen sich ja auch der ursprüngliche und der nachträgliche Eigentumsvorbehalt in Zweck und Inhalt. Beide dienen dem Sicherungsbedürfnis des Verkäufers, und der Wille der Parteien ist darauf gerichtet, daß auch beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt der Käufer letzten Endes wieder Eigentümer werden soll. Mit der Befriedigung ist die Bedingung erfüllt und erlangt der Käufer das Eigentum mit dem einzigen Unterschied, daß er es bei dem ursprünglichen Eigentumsvorbehalt noch nicht hatte, bei dem nachträglichen gehabt und darauf — natürlich unter der Voraussetzung dinglicher Wirksamkeit — wieder eingebüßt hat. Daher wird man ohne Bedenken den Ausdruck beibehalten können.

§ 4.

Die obligatorische Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.

Wenn die Parteien nach der unbedingten Uebereignung einen Eigentumsvorbehalt vereinbaren, so kann es ihre Absicht gewesen sein, dem Verkäufer damit ein Rücktrittsrecht einzuräumen. Dieser Fall hat aber für uns kein besonderes Interesse. Berücksichtigt soll hier nur die Frage werden, ob der Verkäufer im Falle der Nichttilgung der Schuld durch den Käufer das Recht hat, die Sache vom Käufer zurückzufordern, ohne den Kaufvertrag damit zur Auflösung zu bringen. Hier ist ganz zweifellos, daß nach der Vereinbarung dem Verkäufer dieses Recht zusteht; denn nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit (§ 305 B.G.B.) muß man eine derartige Vereinbarung für gültig erachten, vorausgesetzt, daß sie nicht gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstößt. Die Parteien können also nachträglich bestimmen, daß zwischen ihnen dasselbe gelten soll, wie wenn der Eigentumsvorbehalt rechtzeitig erfolgt wäre[17]). Obligatorisch bindet die Vereinbarung die Parteien untereinander, so daß der Käufer dem Verkäufer das Eigentum wieder verschaffen muß und ihn auch als Eigentümer zu behandeln hat. Dem Verkäufer steht das vom Reichsgericht[18]) als sehr wesentlich bezeichnete, mit der persönlichen Klage verfolgbare Recht zu, bei Nichtzahlung des Kaufpreises die Herausgabe der Sache vom Käufer zu verlangen, ohne vom Vertrage zurückzutreten, und zwar läßt sich dieses

[17]) Oertmann, Anm. 7 zu § 455.
[18]) J.W. 05, 18.

Recht aus einer durch die nachträgliche Vereinbarung erst begründeten Verpflichtung des Käufers herleiten. Im übrigen gelten zwischen ihnen dieselben Bestimmungen, wie wenn der Eigentumsvorbehalt rechtzeitig vereinbart wäre.

In diesem Sinne wird auch von der herrschenden Meinung entschieden[19]). Sie spricht der nachträglichen Vereinbarung nur obligatorische Wirkung zu. Damit schiebt sie jedoch den Willen der Parteien völlig beiseite. Denn dieser geht über eine bloß obligatorische Wirkung hinaus; er ist vielmehr auf Herstellung des Zustandes gerichtet, der bestanden hätte, wenn der Eigentumsvorbehalt rechtzeitig vereinbart worden wäre. Damit soll aber nicht nur eine obligatorische Verpflichtung des Käufers begründet werden, die Kaufsache im Falle der Nichtzahlung des Kaufpreises dem Verkäufer zurückzugeben, sondern der Verkäufer will wieder Eigentümer der verkauften Sache auch Dritten gegenüber und zwar im Rahmen der Bestimmung im § 455 werden. Fraglich ist nur, ob hierfür eine rechtliche Grundlage vorhanden ist, insbesondere also, ob es rechtlich möglich ist, daß der Verkäufer das Rückforderungsrecht nicht nur mit der persönlichen, sondern auch mit der dinglichen Klage geltend machen kann.

§ 5.

Die rechtlichen Voraussetzungen der dinglichen Wirkung.

Da die Parteien mit der nachträglichen Vereinbarung denselben Rechtszustand herbeiführen wollen, der bei rechtzeitiger Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts bestanden hätte, so müssen wir erst die Vorfrage prüfen, ob es rechtlich möglich ist, den Käufer durch die Vereinbarung — unter der Voraussetzung dinglicher Wirkung — in die Lage eines Vorbehaltskäufers zu versetzen, der ein suspensiv bedingtes Anwartschaftsrecht auf das Eigentum hat, m. a. Worten, denselben Rechtszustand herzustellen, der sich aus der Regelung im § 455 ergibt. Dies ist zu verneinen; denn da der Käufer durch die unbedingte Uebereignung das Eigentum an der Kaufsache erlangt hat und durch die nachträgliche Vereinbarung ein Eigentumswechsel, d. h. eine Rückübertragung des Eigentums stattfinden soll, so ist es juristisch unmöglich, daß der Verkäufer durch die Vereinbarung das Eigentum wiedererlangt, um es im selben Augenblick von neuem durch Zahlung suspensiv bedingt wieder auf den Käufer zu übertragen wie Behrendt[20]) annimmt. Eine solche Kraft kann der bloßen nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts niemals innewoh-

[19]) Vgl. Uebersicht S. 43/44.

[20]) S. 13

nen[21]). „Sie kann nicht den doppelten Zweck erfüllen, zunächst die Rückübertragung des Eigentums auf den Verkäufer herbeizuführen und sodann den Uebergang des Eigentums wieder auf den Käufer im Sinne des § 455 zu hemmen“[22]); sondern es kann sich, da der Käufer infolge der Nachlässigkeit des Verkäufers das Eigentum unbedingt erlangt hat, nur um eine Rückübertragung des Eigentums vom Käufer an den Verkäufer handeln. Die Möglichkeit also, den Käufer zum Vorbehaltskäufer gemäß § 455 zu machen, besteht nicht. Von einem Vorbehalten kann keine Rede mehr sein, da durch die unbedingte Uebereignung eine Eigentumsverschiebung stattgefunden hat.

Diese vom Käufer auf Grund der nachträglichen Vereinbarung vorzunehmende Rückübereignung trägt den Charakter einer Sicherungsübereignung[23]) trotz der zwischen dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt und der Sicherungsübereignung bestehenden, oben[24]) näher gekennzeichneten Gegensätze. Es ist durchaus nicht wesentlich, daß es bei der Sicherungsübereignung dem Kreditgeber lediglich auf die Sicherung seiner Forderung durch irgendwelche Sicherungsobjekte des Schuldners ankommt, sofern sie nur einen der Höhe der Forderung entsprechenden Wert repräsentieren, oder daß die Forderung aus jedem beliebigen Rechtsgeschäft stammen kann, während es sich beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt immer um eine Kaufpreisforderung für eine ganz bestimmte Sache handelt. Wesentlich ist vielmehr der Unterschied, daß bei der Sicherungsübereignung der Eigentümer der Sichernde ist, während umgekehrt beim Eigentumsvorbehalt der Eigentümer der Gesicherte ist. Dieser Gegensatz ist in den Dissertationen von Schmidt[25]), Börger[26]), Brinckmann[27]), Behrendt[28]) und Schlochauer[29]) nicht beachtet. Schlochauer betont zwar, daß man sich der Divergenz zwischen dem Begriff „Vorbehalt“ und der Rechtslage bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt bewußt sein müsse. Er will aber trotzdem den nachträglichen Eigentumsvorbehalt als Vorbehalt aufrecht erhalten und dementsprechend die bei dem ursprünglichen Eigentumsvorbehalt zwischen dem Käufer und Verkäufer bestehenden Rechtsbeziehungen auf den nachträglichen Vorbehalt des Eigentums übertragen, da letzten Endes durch die nachträg-

[21]) Schlochauer, S. 13.
[22]) Seuff. Arch. 67, 187.
[23]) Sonnenschein, S. 118, Anm. 9.
[24]) S. 17.
[25]) S. 29.
[26]) S. 28/29.
[27]) S. 54 u. 57.
[28]) S. 13.
[29]) S. 13 ff.

liche Vereinbarung derselbe Erfolg erreicht werden soll wie beim rechtzeitigen Eigentumsvorbehalt, nämlich der Uebergang des Eigentums auf den Käufer.

Wie schon bemerkt, widerspricht aber die durch die unbedingte Uebereignung geschaffene Rechtslage dem Tatbestand des § 455.

Die durch die nachträgliche Vereinbarung beabsichtigte Rückübereignung, die wir als Sicherungsübereignung kennzeichneten, soll aber nach dem Willen der Parteien nur bis zur Zahlung des Kaufpreises gültig sein. Mit der Tilgung seiner Schuld will der Käufer wieder Eigentümer werden, da dann der Zweck der Uebereignung erfüllt ist. Es kann daher mit der Rückübereignung entweder die weitere Vereinbarung getroffen sein, daß der Verkäufer nach der Zahlung verpflichtet ist, das Eigentum auf den Käufer wieder zurückzuübertragen oder daß die Rückübereignung unter der Resolutiv-Bedingung der Zahlung des Kaufpreises abgeschlossen ist. Wenn nichts vereinbart ist, — das wird die Regel sein, da die Parteien nur von einem Eigentumsvorbehalt sprechen — wird man annehmen müssen, daß die Rückerübereignung resolutiv bedingt ist[30]), da der Käufer die nachträgliche Vereinbarung nicht hätte einzugehen brauchen; er handelt also hauptsächlich im Interesse des Verkäufers. Außerdem besteht eine obligatorische Verpflichtung zur Uebereignung schon auf Grund des Kaufvertrages, der durch die nachträgliche Vereinbarung völlig unberührt bleibt, da der alte von Nebenabreden freie Vertrag durch die Hinzufügung des Eigentumsvorbehalts nur ergänzt wird[31]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts in eine resolutiv-bedingte Sicherungsübereignung umzudeuten ist. Diese Konstruktion läßt auch den Willen der Parteien nicht unbeachtet, denn in seiner Wirkung auf die Eigentumsverhältnisse während der Schwebezeit entspricht die resolutiv-bedingte Sicherungsübereignung des Käufers auf den Verkäufer dem suspensiv bedingten Eigentumsvorbehalt, während andererseits der Käufer den unmittelbaren Besitz der Sache hat, genau so, als wenn der Eigentumsvorbehalt rechtzeitig vereinbart worden wäre.

Es handelt sich nun im folgenden darum, ob durch die nachträgliche Vereinbarung eine Rückübereignung der Kaufsache stattgefunden hat. Die Voraussetzungen, die das Gesetz an die Uebertragung des Eigentums von beweglichen Sachen knüpft, sind gemäß § 929 Einigung und Uebergabe. Eine kör-

[30]) Schlochauer, S. 14 konstruiert einen resolutiv-bedingten nachträglichen Eigentumsvorbehalt.

[31]) Meyer, Arch. f. ziv. Pr. 87, 104; Schmidt, S. 21.

perliche Uebergabe hat jedoch aus wirtschaftlichen Gründen nicht stattgefunden, vielmehr ist der Käufer im Besitze der Sache geblieben. Infolgedessen ist eine Rückübereignung vom Käufer auf den Verkäufer nur mit Hilfe des constitutum possessorium gemäß § 930 möglich. Hiernach muß die fehlende Uebergabe durch die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses ersetzt werden, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Ob die beiden Voraussetzungen für die Rückübereinigung: Einigung und Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses durch die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts erfüllt sind, wird daher im nächsten Paragraphen der Gegenstand unserer Untersuchung sein.

§ 6.

Die Begründung der dinglichen Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.

Die erste Voraussetzung für die Rückübereignung ist erfüllt, wenn sich die Parteien ernstlich darüber einig gewesen sind, daß der Verkäufer wieder Eigentümer werden soll. Jedoch ist nicht erforderlich, daß diese Einigung ausdrücklich erfolgt ist. Es genügt, wenn sie stillschweigend geschieht; sie muß sich aber dann aus den Umständen ergeben[32]). Jedenfalls muß immer der Wille, das Eigentum zu übertragen, vorhanden gewesen sein. Die Parteien waren sich in unserem Falle darüber klar, daß das Eigentum auf Grund des ersten Vertrages auf den Käufer übergegangen war. Wenn sie jetzt nachträglich vereinbaren, das Eigentum solle bis zur Zahlung des Kaufpreises dem Verkäufer noch vorbehalten bleiben, so kann man daraus unbedenklich den Schluß ziehen, daß sie ernstlich darüber einig waren, daß das Eigentum wieder auf den Verkäufer zurückübertragen werden soll.

Man hat aus dem Umstande, daß eine Uebereignung durch Konstitut zum Zwecke der Sicherung des Gläubigers vorgenommen worden ist, die Ernstlichkeit der Eigentumsübertragung in Frage stellen wollen, weil der Schuldner in Wahrheit nicht sein Eigentum mit all den weitreichenden Befugnissen, die sich aus ihm ergeben, auf den Gläubiger übertragen wollte, bzw. darin ein agere in fraudem legis zu erblicken gesucht[33]), indem man annahm, daß durch eine solche Uebereignung die Vorschrift des § 1205 umgangen und dem Schuldner

[32]) Wolff, § 67 I. 1; R.G. i. J.W. 1913, 492.

[33]) Bähr, S. 52 ff.; Hellwig, Arch. f. ziv. Pr. 64, 369; Leist, S. 69 ff. und 85 ff.; Katzenstein, S. 333; Nathan, S. 35 u. 40.

eine Kreditwürdigkeit verliehen werde, die ihm nicht zukommt[34]). Auf diese Vorwürfe näher einzugehen, erübrigt sich, da sie genugsam widerlegt sind und die herrschende Meinung, sowie das Reichsgericht in ständiger Praxis die Uebertragung des Eigentums zu Sicherungszwecken durch Konstitut durchaus für zulässig erklärt, sofern ein ernstlich auf Eigentumsübertragung gerichteter Wille vorhanden ist.

Das Vorliegen der Einigung kann daher aus den genannten Gründen nicht in Zweifel gezogen werden. Neben dieser Einigung ist als Ersatz der Uebergabe die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses erforderlich, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. Man pflegt hier von einem konkreten, im Gegensatz zum abstrakten constitutum possessorium zu sprechen. Von welcher Bedeutung diese Unterscheidung ist, soll die folgende Betrachtung zeigen. Lehnt doch das Reichsgericht und seinem Standpunkt folgend die herrschende Meinung die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts ab, weil angeblich in der Vereinbarung der Parteien nur ein abstraktes Konstitut zu erblicken ist, das zur Rückübertragung des Eigentums nicht geeignet ist.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat die bis dahin streitige Frage[35]), ob zur Besitzübertragung eine bloße Willenserklärung genügt oder nicht, dahin entschieden, daß grundsätzlich zu diesem Zwecke die körperliche Uebergabe erforderlich ist. Es hat das sogenannte Traditionsprinzip angenommen, indem es davon ausgeht, daß, da die äußere Erscheinung des Eigentums der Realbesitz ist, normalerweise der Besitzer auch Eigentümer ist, so daß aus dem Besitz auf das Eigentum geschlossen werden kann. Wird nun das Eigentum auf einen anderen übertragen, so findet dies seinen realen Ausdruck in der Uebergabe der Sache, wobei sich also der Uebergang der tatsächlichen Herrschaft über die Sache durch ein Hingeben von Hand zu Hand oder durch einen sonstigen, äußerlich wahrnehmbaren Ueberweisungsakt offenbart. Da in komplizierten Wirtschaftsverhältnissen indessen dem geschäftlichen Verkehr der Menschen untereinander dadurch ungeheure Schwierigkeiten in den Weg gelegt würden, die schließlich unzählige Lebenszwecke unterbinden würden, muß das Ge-

[34]) R.G. 2, 168; 13, 201; 26, 182; 57, 177; 59, 147; 62, 126 ff.; R.G. i. J.W. 04, 197 und 355; 05, 48; 11, 181 u. 762; 12, 144 und 797; 13, 432; 15, 656; Seuff. Arch. 59, 233; O.L.G. 31, 309; Staub II, Anm. 96 zu § 368; Staudinger VIII, zu § 929; Planck, Anm. 5 zu § 930; Biermann, Anm. 6 zu § 1205; Düringer-Hachenburg, Anm. 124 ff. zu § 368; Wolff, § 163 I, 1 d; Crome, Anm. 31 § 379; Dernburg III, § 100, I, 3; Endemann II, 1 § 136; Halbauer, Recht 05, 632 ff. und 661 ff.; Kriegsmann, S. 73; Lilienthal, D.J.Z. 02, 542; Oertmann, D.J.Z. 11, 1179. Linckelmann, Arch. f. bürg. Recht 7, 209 u. 216 ff.; Nathan, S. 68 ff.; Prot. 3, 200; Mot. 3, 801.

[35]) Vgl. Kohler, Arch. f. bürg. Recht 18, 1 ff.

setz von dem Traditionsprinzip Ausnahmen machen und damit natürlich den Grundsatz der Eigentumsvermutung durchbrechen. Es muß also auch die Möglichkeit bestehen, Eigentum zu übertragen, ohne daß eine körperliche Besitzübergabe erforderlich ist. Das Eigentum würde dann auf den Erwerber übergegangen sein, sobald der Wille, daß das Eigentum übergehen soll, beiderseits erklärt ist und der bisherige Besitzer seinen Willen, nunmehr für den Erwerber zu besitzen, ausdrücklich oder durch unzweideutige Handlungen kundgegeben hat. Der Eigentumsübergang würde sich also durch bloße Willenseinigung vollziehen. Aber diese Konsequenz hat das Gesetz gerade nicht gezogen und zwar aus ganz bestimmten Gründen. Eine solche Uebertragung des Eigentums würde nämlich große Mißlichkeiten zur Folge haben, indem dies von gewissenlosen Menschen ausgenützt würde, um damit die Gläubiger zu hintergehen und durch bloßen Vertrag das ganze Vermögen zu übertragen. Die Konzession der Uebertragung des Eigentums ohne Besitzübergabe macht das Gesetz daher nur unter der Bedingung, daß dadurch die Offenkundigkeit der Eigentumsverhältnisse bis zu einem gewissen Grade bestehen bleiben: es verlangt eine Erklärung für den Besitz des Nichteigentümers. Um den Widerspruch, der zwischen dem erklärten Uebereignungswillen und dem Behalten des Besitzes besteht, aufzuklären, fordert das Gesetz nachdrücklich das Vorhandensein eines sogenannten konkreten rechtlichen Verhältnisses, das die gegenseitigen Rechtsbeziehungen der Kontrahenten offenbart[36]). Die gemeinrechtliche Doktrin sprach hier von einer causa detentionis, d. h. einem Verhältnis, das seinen selbständigen rechtlichen und wirtschaftlichen Inhalt hat und die Art und den Zweck der Besitzmittelung ersichtlich zu machen imstande ist, indem es die Rechte und Pflichten der Kontrahenten in ihrem Verhältnis zueinander festlegt und die sich an den Besitz knüpfenden Rechtsfolgen zwischen ihnen verteilt. Der erste, der das Erfordernis der causa detentionis aufstellte, war Exner in seinem im Jahre 1867 erschienenen Buche: „Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition". Er geht davon aus, daß die körperliche Uebergabe das Natürliche, die Zurücklassung der Detention immer etwas ungewöhnliches ist, was ohne einen triftigen Grund nicht vorkommen werde, und diesen Grund, die causa detentionis, müsse derjenige darlegen, der sich auf das Konstitut berufe. Aehnlich verlangt auch Windscheid[37]) eine causa in dem Sinne, daß, wenn die Sache von dem Veräußerer dem Erwerber körperlich wäre übergeben worden, der Erwerber sie auf Grund der causa dem Veräußerer zurückgegeben hätte; dieses Hin-

[36]) Planck, Anm. 3 zu § 930; Staudinger, Anm. 2 zu § 930 u. Anm. 1 b β.
[37]) Pandekten I, § 155.

und Hergeben werde durch das Konstitut erspart[38]). Ist dagegen in den Partei-Vereinbarungen ein solches Rechtsverhältnis nicht zu erblicken, so ist nach der herrschenden Lehre[39]) die abstrakte Erklärung des Veräußerers, er wolle künftig namens seines Kontrahenten besitzen, eine rechtlich bedeutungslose Formel wie: er habe das Eigentum tradiert oder wolle es hiermit tradiert haben, woraus nie hervorgeht, ob eine ernstliche Veräußerung vorliegt[40]). Mit der Angabe des das Besitzverhältnis rechtfertigenden Grundes dagegen wird die Ernstlichkeit der Parteiabsicht klargestellt und damit ein gewisser Ersatz für die mangelnde Erkennbarkeit des Eigentumswechsels geschaffen. Ein abstraktes Konstitut liegt also dann vor, wenn neben der Einigung über den Eigentumsübergang lediglich die Erklärung abgegeben ist, daß der Veräußerer von jetzt ab für den Erwerber besitzen wolle, ohne daß ein Rechtsverhältnis vereinbart wird, vermöge dessen das Innehaben des Besitzes als Ausdruck einer rechtlichen Befugnis erscheint.

Die Unterscheidung zwischen konkretem und abstraktem Konstitut wird aber von einigen Schriftstellern verworfen[41]). Nach ihnen enthält die Erklärung, daß das Eigentum übergehen und der Veräußerer die Sache als Fremdbesitzer besitzen solle, immer einem Individualinhalt durch die Nebenumstände. Wenn für die Vereinbarung gemäß § 930 eine stillschweigende Erklärung genügt[42]), so genügt auch die nur z. T. stillschweigende Erklärung einer Vereinbarung. Ist aber die Erklärung, daß der Veräußerer als Fremdbesitzer besitzen solle, ernsthaft, so ist damit stillschweigend erklärt, daß der Veräußerer den übereigneten Gegenstand noch zeitweise entlehen hat[43]). Der Einzelinhalt dieses Verhältnisses wird nach dieser Ansicht dann durch den Gesamtwillen der Parteien, d. h. durch Nebenumstände individualisiert, so daß in solchen Fällen immer ein konkretes Konstitut vorliegt. Nach Cosack und Sonnenschein sind der Praxis abstrakte Erklärungen ohne den Individualinhalt, der sich aus den Begleitumständen ergebe, unbekannt. Man habe vielmehr den Begriff des abstrakten Konstituts aufgestellt, um der Praxis solche Abstraktionen

[38]) So auch Staudinger, Anm. 2 zu § 930.

[39]) Planck, Anm. 3 zu § 930; Staudinger, Anm. 1 zu § 930; Staub, Anm. 63 zu § 382; Düringer-Hachenburg, Anm. 24, 2 a zu § 368.

[40]) R.G. Seuff. Arch. 76, 33.

[41]) Cosack II, S. 131; Kohler, S. 58 u. 74; Sonnenschein, S. 120 ff.; Kroschel Arch. f. ziv. Pr. 72, 256 ff., der allerdings verlangt, daß der Wille, für den anderen zu besitzen, erkennbar hervorgetreten sei, z. B. durch Beiseitelegen der Sache.

[42]) R.G. i. J.W. 13, 492 u. 12, 797.

[43]) Kohler, S. 74; Recht 02 Nr. 2337.

zu unterschieben, womit man auf Kosten des wirklichen Parteiwillens eine Ausdrücklichkeit der Erklärung bewirke, die vom Gesetz nicht verlangt werde. Sonnenschein kommt dann zu dem Ergebnis, daß man aus dem ernstlichen Uebereignungswillen ebenso auf die ernstliche Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses als umgekehrt aus einer solchen Vereinbarung auf den ernstlichen Willen zur Uebereignung schließen kann.

Hieran ist soviel richtig, daß es zwecklos ist, darüber zu streiten, ob Aeußerungen wie: „es solle hiermit tradiert sein", „der Veräußerer wolle für den Erwerber besitzen, Veräußerer wolle die Ware für den Erwerber auf Lager halten" oder „die Sache solle als übergeben gelten" zum constitutum possessorium genügen. Denn wenn daneben Verhältnisse dargelegt werden, aus denen sich eine Konkretisierung des ganzen Rechtsverhältnisses ergibt, so liegt trotz der an sich ungenügenden Erklärung ein gültiges Konstitut vor. Daraus folgt aber noch nicht, daß die Unterscheidung zwischen konkretem und abstraktem Konstitut keine Berechtigung hat. Ein abstraktes Konstitut ist eben dann vorhanden, wenn solche Nebenumstände nicht dargelegt werden.

Keineswegs versteht es sich von selbst, daß, wenn die Kaufsache nicht sofort dem Käufer übergeben wird, sondern noch bei dem Veräußerer bleiben soll, dadurch ein Rechtsverhältnis, z. B. ein stillschweigender Verwahrungs- oder Leihvertrag begründet wird; denn es kann ja die Hinausschiebung des Erfüllungsgeschäfts beabsichtigt sein.

Zu weit geht insbesondere Kohler[44]), wenn er rein auf die Interessenlage der Parteien abstellen will. Sind sich die Parteien darüber einig, daß das Interesse an der Sache völlig auf Seiten des Erwerbers liegen und die Betätigung des bisherigen Eigentümers nicht mehr egoistisch, sondern rein altruistisch im Interesse des Erwerbers sein soll, so will Kohler einen stillschweigenden Verwahrungsvertrag unterstellen. Dieses Kriterium ist aber zu unbestimmt, um die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen aufzudecken.

Aus den bisherigen Erörterungen ergibt sich also, daß das zwischen dem Erwerber und Veräußerer bestehende Rechtsverhältnis Art und Zweck der Besitzmittelung erkennen lassen muß, um so eine Regelung der Rechte und Pflichten der Kontrahenten in ihrem Verhältnis zueinander zu ermöglichen.

Dieses zum Ersatz der Uebergabe erforderliche konkrete Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, ist im § 868 B.G.B. näher geregelt: „Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhält-

[44]) S. 75/76.

nis, vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

Das Gesetz zählt also bestimmte Rechtsverhältnisse auf, die mittelbaren Besitz begründen und fügt dann eine clausula generalis mit allgemein begrifflichen Merkmalen für den mittelbaren Besitz bei. Diese Merkmale sind folgende:

1. Der unmittelbare Besitzer muß dem mittelbaren gegenüber zum Besitz berechtigt oder verpflichtet sein.
2. Diese Berechtigung oder Verpflichtung muß ihrem Wesen nach zeitlich begrenzt sein.
3. Das Besitzverhältnis muß den besonders aufgezählten Verhältnissen ähnlich sein.

Da ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht vereinbart ist, haben wir jetzt die Frage zu prüfen, ob die einfache nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts genügt, dem Verkäufer mittelbaren Besitz und damit das Eigentum wieder zu verschaffen.

Die Tatsache aber, daß sich die Parteien bei ihrer Vereinbarung darüber einig sind, daß der Verkäufer wieder Eigentümer werden soll, weil von nun an zwischen ihnen das Rechtsverhältnis bestehen soll, das bei rechtzeitigem Eigentumsvorbehalt zwischen dem Verkäufer und dem Käufer rechtlich Geltung hat, gibt einigen Autoren[45]), die sich mit der Frage des nachträglichen Eigentumsvorbehalts beschäftigt haben, die Veranlassung, diese zwischen Verkäufer und Käufer beim rechtzeitigen Eigentumsvorbehalt bestehenden Rechtsbeziehungen daraufhin zu untersuchen, ob sie ein Besitzmittelungsverhältnis im Sinne des § 868 enthalten und je nach Bejahung oder Verneinung dieser Frage dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung zuzusprechen bzw. zu versagen. Einige[46]) versagen allerdings auch trotz Bejahung des mittelbaren Besitzes beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung, indem sie in Anlehnung an das Reichsgericht in dieser Vereinbarung nur ein abstraktes Konstitut erblicken.

Die Frage der dinglichen Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts mit Hilfe der Rechtsbeziehungen bei dem ursprünglichen Eigentumsvorbehalt lösen zu wollen, ist indes ein ungangbarer Weg. Denn wie wir schon nachgewiesen haben, ist nach unbedingter Uebereignung ein Eigentumsvorbehalt im Sinne des § 455 nicht mehr möglich, da durch den

[45]) Senf, S. 16 ff.; Schlochauer, S. 16 ff.; Börger, S. 27; Brinckmann, S. 54.

[46]) Schmidt, S. 40 ff.; Behrend, S. 52/53.

ersten Vertrag ein Eigentumswechsel stattgefunden hat, der die Anwendung des § 455 nicht zuläßt. Allerdings sind durch die nachträgliche Vereinbarung die obligatorischen Rechtsbeziehungen, die bei dem ursprünglichen Eigentumsvorbehalt zwischen dem Käufer und Verkäufer bestehen, zu dem ersten Vertrag hinzugetreten[47]). Hinsichtlich der dinglichen Seite besteht aber ein großer Unterschied zwischen dem ursprünglichen und dem nachträglichen Vorbehalt. Dort hat der Verkäufer sein volles Eigentumsrecht, das er bedingt nach § 455 übertragen kann, hier dagegen hat er es verloren; denn der Käufer ist Eigentümer zu vollem Recht geworden. Rechtlich ist es, wie wir schon betonten, unmöglich, den Käufer in die Lage eines Vorbehaltskäufers zu versetzen, der ein suspensiv bedingtes Anwartschaftsrecht auf die Kaufsache hat. Die gegnerische Konstruktion ist um so unhaltbarer, als gerade die den Unterschied zwischen beiden Rechtsverhältnissen bildende dingliche Seite in erster Linie zur Prüfung der Frage des Besitzmittelungsverhältnisses beim rechtzeitigen Eigentumsvorbehalt herangezogen wird.

Wenn ein den Beispielen im § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis beim nachträglichen Eigentumsvorbehalt vorliegen soll, so kann es nur in den dem nachträglichen Vorbehalt eigenen Rechtsbeziehungen enthalten sein. Wie schon erwähnt, ist durch die nachträgliche Vereinbarung die obligatorische Seite des § 455 nachgeholt worden[48]). Hiernach wird der Käufer zum Vorbehaltskäufer. Das bedeutet, daß ihm eine Sorgfalts- bezw. Aufbewahrungspflicht auferlegt ist. Ferner hat er das Gebrauchs- und Nutzungsrecht an der Sache. Bei Verzug des Käufers kann der Verkäufer vom Vertrage zurücktreten. Außerdem steht ihm das durch die nachträgliche Vereinbarung erst begründete Recht zu, bei Nichtzahlung des Kaufpreises die Kaufsache zurückzufordern ohne vom Vertrage zurückzutreten[49]), während sich dieses Recht bei dem rechtzeitigen Vorbehalt auf der suspensiv bedingten Uebereignung stützt. Diese durch die nachträgliche Vereinbarung begründeten obligatorischen Rechtsbeziehungen müssen, wenn eine wirksame Rückübereignung stattfinden soll, ein den Beispielen im § 868 entsprechendes Besitzmittelungsverhältnis zu schaffen geeignet sein.

Die erste oben[50]) genannte Voraussetzung für den mittelbaren Besitz, die Besitzberechtigung des unmittelbaren Besitzers gegenüber dem mittelbaren Besitzer, liegt ohne Zweifel

[47]) Vgl. die schon zit. Entscheidung des R.G. in J.W. 05, 18 und oben Seite 19/20.

[48]) Flechtheim, J.W. 11, 347.

[49]) J.W. 05, 18.

[50]) S. 28.

vor, denn in den durch die nachträgliche Vereinbarung zu dem ersten Vertrag hinzutretenden obligatorischen Rechtsbeziehungen beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt ist auch das Recht enthalten, die Kaufsache zu benutzen, da es sich jetzt nicht mehr aus dem Eigentum des Käufers herleiten läßt. Wenn der Käufer aber die Sache weiter benutzen darf, so muß er auch zum Besitz berechtigt bleiben.

Das Besitzrecht des Käufers läßt sich aber noch aus einem anderen Grunde herleiten, nämlich aus dem Kaufvertrag selbst, der, abgesehen von den durch den nachträglichen Eigentumsvorbehalt bedingten Modifizierungen, nicht geändert worden ist. Nach § 433 hat der Verkäufer dem Käufer den Besitz zu verschaffen. Mit der Uebergabe ist der Verkäufer dieser Verpflichtung nachgekommen, und durch die gleichzeitige Eigentumsverschaffung erstarkt dieses obligatorische Besitzrecht zu einem dinglichen. Der Käufer kann daher sein Besitzrecht auf das Eigentum stützen. Wenn die Parteien jetzt einen Eigentumsvorbehalt vereinbaren, so verliert der Käufer, wenn wir die dingliche Wirksamkeit unterstellen, das Eigentum und er bleibt lediglich als Käufer zum Besitz berechtigt, den der Verkäufer auf Grund seines Eigentums nunmehr einseitig an sich nehmen könnte. Da es aber im Wesen und Zweck des Eigentumsvorbehalts liegt, daß dem Käufer während der Schwebezeit der Besitz überlassen bleibt, so muß jetzt der Verkäufer die Verpflichtung übernehmen, den Käufer so lange im Besitz der Sache zu lassen, bis das Eigentum wieder auf ihn übergeht bezw. im Falle der Nichttilgung der Schuld endgültig bei dem Verkäufer verbleibt[51]).

Auch das zweite Erfordernis, die zeitliche Beschränkung der Besitzberechtigung des Käufers, ist erfüllt, denn wenn der Käufer in Zahlungsverzug gerät, so ist der Verkäufer zum Rücktritt vom Vertrage berechtigt. Er kann auch die Herausgabe der Sache verlangen, ohne den Kaufvertrag zur Auflösung zu bringen. Die Besitzberechtigung des Käufers erlischt mit diesem Zeitpunkt. Kommt der Käufer seiner Zahlungspflicht nach, so hört allerdings seine Besitzberechtigung nicht auf. Jedoch hat diese dann eine ganz andere Grundlage. Während das Besitzrecht sich vorher aus dem zwischen dem Käufer und Verkäufer durch die nachträgliche Vereinbarung begründeten Rechtsverhältnis — insbesondere dem Gebrauchs- und Nutzungsrecht — herleiten ließ, besitzt der Käufer jetzt auf Grund seines Eigentums (§ 158 II).

Es bleibt nun noch zu untersuchen, ob das durch die nachträgliche Vereinbarung begründete Besitzverhältnis den im § 868 angeführten Rechtsverhältnissen ähnlich ist. Der Begriff

[51]) Jaffé, S. 16/17.

„ähnlich" ist aber nicht etwa durch den Relativsatz: „vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist", erschöpft; denn dann könnte das Gesetz ebensogut einen anderen Ausdruck: etwa „sonstig" oder „ein anderes Verhältnis" gebrauchen. Es gibt sehr viele Rechtsverhältnisse, die mit den im § 868 aufgezählten Beispielen darin übereinstimmen, daß der eine Beteiligte dem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitz berechtigt oder verpflichtet ist, aber trotzdem nicht als „ähnlich" bezeichnet werden können. Daher muß dem Begriff „ähnlich" eine selbständige Bedeutung zukommen[52]).

Infolge der Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des mittelbaren Besitzes und der schwierigen Erkenntnis seines Wesens überhaupt, hat sich indes ein geradezu auffallender Zwiespalt der Meinungen darüber herausgebildet, welches die Kriterien des Begriffs „ähnlich" sind. Sämtliche Theorien, die über den Begriff „ähnlich" aufgestellt sind, gehen von dem Rechtsbande aus, das zwischen dem unmittelbaren und dem mittelbaren Besitzer besteht.

So hat Thiesing[53]) die Theorie von der bestimmungsgemäßen Rückkehr der Sache zum mittelbaren Besitzer begründet. Nach ihm liegt die Aehnlichkeit darin, daß der unmittelbare Besitzer über kurz oder lang die Sache dem mittelbaren Besitzer zurückgewähren muß. Das zwischen den Parteien vereinbarte Rechtsverhältnis muß seiner juristischen Natur nach darauf abzielen, die Sache nur innerhalb gewisser zeitlicher Grenzen dem mittelbaren Besitzer zu entziehen und sie nach Beendigung des Verhältnisses bestimmungsgemäß zurückkehren zu lassen. Nach dieser Theorie könnte es zweifelhaft sein, ob durch die nachträgliche Vereinbarung mittelbarer Besitz für den Verkäufer begründet wird. Zwar gewährt sie dem Verkäufer bei Verzug des Käufers ein obligatorisches Rückforderungsrecht; daß aber die Sache unter allen Umständen zum Verkäufer zurückkehren muß, davon kann hier offenbar keine Rede sein. Indessen das von Thiesing aufgestellte Merkmal ist nicht einmal allen in § 868 genannten Beispielen gemeinsam. Nießbraucher, Verwahrer, Pächter und Mieter müssen allerdings die Sache dem anderen Teil über kurz oder lang zurückgewähren. Beim Pfandgläubiger jedoch läßt sich dieses Kriterium nicht verwerten; denn ob hier die Pfandsache nach Beendigung des Verhältnisses zum Pfandschuldner zurückkehrt, hängt davon ab, ob der Schuldner seine Schuld tilgt oder nicht; und weil es infolge der mangelnden Garantien, die die Person des Schuldners und seine per-

[52]) Staudinger I 2a zu § 868; Thiesing, S. 245.

[53]) Arch. f. bürg. Recht 20. 249, ferner Strauß, S. 19; Biermann, Anm. 1 zu § 868, Kemperdick, S. 14/16, Endemann, § 32 Ib; Planck, 2b β zu § 868.

sönlichen Verhältnisse bieten, zweifelhaft ist, ob der Schuldner zahlt oder nicht, gerade deshalb hat sich der Gläubiger das Pfand bestellen lassen. Man kann daher nicht sagen, dieses Verhältnis sei seiner juristischen Natur nach darauf angelegt, die Pfandsache „bestimmungsgemäß" zum Pfandschuldner zurückkehren zu lassen; denn sonst wäre ja eine Pfandrechtsbestellung beinahe überflüssig. Der Beweisführung Thiesing's liegt offenbar der Gedanke zugrunde, daß nur der mittelbarer Besitzer ist, der mit der Wiedererlangung der aufgegebenen Sache rechne; wer von vornherin sich seiner Sache entledige, ohne die Wiedererlangung in Betracht zu ziehen, brauche nicht die Vorteile des mittelbaren Besitzes. Wenn er nun den normalerweise eintretenden künftigen Alleinbesitz hervorhebt, so gibt er doch damit zu, daß auch Fälle eintreten können, die anormal verlaufen, obwohl sie ursprünglich auf einen anderen Ausfall hindeuteten. Daher kann man nicht in der normalerweise künftigen Rückkehr der Sache das Charakteristikum des mittelbaren Besitzes erblicken, sondern man muß sich damit begnügen, daß die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer Rückkehr zum mittelbaren Besitzer vorhanden ist, wobei es auf den Grad der Wahrscheinlichkeit nicht ankommen kann[54]). Außerdem läßt sich gegen das Merkmal der bestimmungsgemäßen Rückkehr noch ein anderer Einwand erheben. Es liegt ihm nämlich die Behauptung zugrunde, daß die Sache vorher im Besitz des Veräußerers gewesen sein muß. Das ist aber garnicht erforderlich, z. B. hat im Falle des Erwerbes des mittelbaren Besitzes gemäß § 870 der Erwerber vorher nicht die tatsächliche Gewalt besessen[55]). Die Theorie, die das Charakteristikum des mittelbaren Besitzes in der bestimmungsgemäßen Rückkehr der Sache zum mittelbaren Besitzer, bezw. in der regelmäßigen Erstarkung des mittelbaren Besitzes zum Alleinbesitz erblickt[56]), kann daher nicht gebilligt werden. Auch das Reichsgericht wendet sich dagegen, daß das Verhältnis im Sinne von § 868 gerade durch Rückkehr der Sache zum mittelbaren Besitzer enden müsse[57]); das Verhältnis müsse nur in der Vorstellung der Parteien als eines Tages zu Ende gehend gedacht werden.

Nach einer anderen Theorie ist das Kriterium des mittelbaren Besitzes das Vorhandensein eines Herausgabeanspruchs. Hauptvertreter dieser Meinung ist Wendt[58]). Er legt dem Herausgabeanspruch die entscheidende Bedeutung bei. Mittel-

[54]) Pudor, J.W. 05, 314.
[55]) Staudinger III, Anm. 2a zu § 868; Wolff, § 8 I, 1a; R.G. in JW. 13, 492.
[56]) Endemann, § 32 I b.
[57]) J.W. 13, 492; ferner Recht 1912 Nr. 3200; 1913 Nr. 948; J.W. 12, 144; Rosenberg II, 2 b zu § 868.
[58]) Arch. f. ziv. Pr. 87, 40 ff.; ferner Rohde, S. 58 ff, und 65,

barer Besitz liegt nach ihm nur dann vor, wenn das nach § 868 erforderliche Rechtsverhältnis so geartet ist, daß nach seiner Beendigung der mittelbare gegen den unmittelbaren Besitzer einen Anspruch auf Herausgabe hat. Er stützt sich für diese Ansicht auf die §§ 870, 931 und 934, wonach der mittelbare Besitz bezw. das Eigentum durch Abtretung des Herausgabeanspruchs übertragen werden kann. Bei diesem von Wendt aufgestellten Kriterium müssen wir jedoch einige Einschränkungen machen. Einerseits darf man nicht verlangen, daß das besitzmittelnde Rechtsverhältnis durchaus darauf angelegt ist, durch Erfüllung des Herausgabeanspruchs seine normale Endigung zu finden; natürlich darf nach dem Inhalt der Vereinbarung der Anspruch auf Herausgabe nicht für jede Zeit und unter allen Umständen ausgeschlossen sein. Dann würde eine sachliche Herrschaftsbeziehung des Veräußerers überhaupt fehlen. Es muß aber genügen, wenn nach der Natur des Rechtsverhältnisses die Entstehung eines Anspruchs des mittelbaren Besitzers auf Herausgabe der Sache unter irgendwelchen Umständen möglich ist, ohne Rücksicht darauf, ob es auch tatsächlich durch Herausgabe der Sache an den mittelbaren Besitzer endigt[59]). Andererseits müssen wir uns darüber klar sein, daß nicht jeder Herausgabeanspruch mittelbaren Besitz begründet[60]). Vielmehr muß dieser eine Folge des Rechtsverhältnisses sein, das eine besondere Besitzbeziehung zwischen den beiden beteiligten Personen herstellt und das in dem beschränkten Besitzrecht des einen gegenüber dem anderen seinen Ausdruck findet[61]). In unserem Falle liegt ein Herausgabeanspruch des Verkäufers unzweifelhaft vor. Er ergibt sich aus dem durch die nachträgliche Vereinbarung begründeten Rücktrittsrecht gemäß § 455 bezw. aus der obligatorischen Verpflichtung des Käufers, bei Nichtzahlung des Kaufpreises die Kaufsache dem Verkäufer zurückzugeben. Auch aus der zeitlichen Begrenzung bezw. der inhaltlichen Beschränkung des Besitzrechts des Käufers, der die Sache als fremde behandeln muß, läßt sich der Herausgabeanspruch herleiten.

Das für die Aehnlichkeit entscheidende Merkmal ist nach einer anderen Theorie, die besonders von Strohal[62]) vertreten wird, darin zu suchen, daß der mittelbare Besitzer dem unmittelbaren die Sache anvertraut hat. Gegen diese Theorie ist aber einzuwenden, daß dadurch jeder originäre Erwerb des

[59]) vgl. die schon mehrmals zit. Entsch. d. R.G. i. J.W. 13, 492 und 12, 144.

[60]) Z. B. nicht aus § 985 oder der Anspruch des Bestohlenen aus § 823, 249.

[61]) Wolff, § 8 I, S. 22.

[62]) Jhering's J.B. 38, 20 und 23.

mittelbaren Besitzes ausgeschlossen wäre, was sowohl den Erfahrungen des Lebens, als auch dem Gesetz widerspricht. Mit Recht weist Geißler[63]) darauf hin, daß im Falle des § 588 der Verpächter eines Gutes dann mittelbaren Besitz nur an den Inventarstücken hätte, die bei der Uebergabe tatsächlich vorhanden waren, während er an den vom Pächter neu angeschafften Sachen keinen mittelbaren Besitz erlangt hätte, da sie dem Pächter nicht anvertraut sind. Ferner spricht gegen dieses Kriterium der Erwerb des mittelbaren Besitzes nach § 870. Mittelbarer Besitz würde auch in den Fällen nicht entstehen, wo der Besitzmittler kraft einer aus dem Gesetz entspringenden Befugnis sich auf Zeit in den Besitz setzt, z. B. wenn der Ehemann kraft eigenen Rechts den Besitz der zum eingebrachten Gut gehörigen Gegenstände erlangt und der Ehefrau den Besitz vermittelt. Aehnliche Verhältnisse liegen vor zwischen Erbe und Testamentsvollstrecker, Vormund und Mündel oder auch bei gerichtlicher Einweisung z. B. als Zwangs-, Nachlaß- oder Konkursverwalter. In allen diesen Fällen entsteht nach der herrschenden Meinung mittelbarer Besitz, obwohl vom Anvertrauen hier keine Rede ist[64]).

Aber selbst wenn man sich auf den Boden dieser Theorie stellt, so ist nicht zu bestreiten, daß auch bei der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts dem Käufer die Kaufsache anvertraut ist; denn die durch die nachträgliche Vereinbarung geschaffenen Rechtsbeziehungen zwischen dem Käufer und dem Verkäufer legen dem ersteren eine Aufbewahrungs- bezw. Sorgfaltspflicht bezüglich der in seinem Besitz bleibenden Sache auf. Sie ist ihm also anvertraut.

Franz Leonhard: „Vertretung beim Fahrniserwerb" findet das eigentliche Charakteristikum des mittelbaren Besitzes in dem vermögensrechtlichen Interesse, das dem mittelbaren Besitzer in bezug auf die Sache zur Seite steht: „Erst durch dieses Erfordernis, daß der Besitzmittler aus dem Vermögen des mittelbaren Besitzers erworben hat, wird der Begriff klargestellt und erklärt sich auch der Herausgabeanspruch. Immer erwirbt der Mittler Besitz auf Kosten des fremden Vermögens, und immer bringt daher der mittelbare Besitzer ein Vermögensopfer[65])." Seiner Ansicht haben sich auch Staudinger-Kober[66]) und Geißler[67]) angeschlossen. Dieses Merkmal trifft auch auf den nachträglichen Eigentumsvorbehalt zu; denn auch hier erwirbt der Käufer aus dem Vermögen des Verkäufers

[63]) J.W. 05, 521; ferner Crome III, § 345, 1 b; Staudinger, Anm. 2 a zu § 868.
[64]) a. M. Ullmann, Arch. f. ziv. Pr. 92, 306 ff.; Kreß, S. 206 und 236 ff.
[65]) S. 61 ff.
[66]) Anm. 2 a zu § 868.
[67]) J.W. 05, 521.

den Besitz, und dieser Verlust des unmittelbaren Besitzes bedeutet für den Verkäufer ein Vermögensopfer.

Aus der Tatsache, daß der Besitz des Mittlers Ausdruck eines dem mittelbaren Besitz gegenüber beschränkten Rechts ist und daher der Besitzmittler die Sachgewalt nicht wie ein Eigentümer ausüben darf, sondern sich der Unterordnung unter dem mittelbaren Besitzer stets bewußt bleiben muß, hat man das Aehnlichkeitsmerkmal nicht in den objektiven, sondern in subjektiven Momenten zu suchen geglaubt; und zwar geht die subjektive Theorie von dem Wörtchen „als" aus. Das entscheidende Kriterium sind nach dieser Theorie nicht objektive Merkmale, es müsse vielmehr genügen, wenn der Besitzmittler anerkenne, daß sein Besitz dem mittelbaren Besitzer gegenüber beschränkt und er diesem zur Rückgabe verpflichtet sei. Diese Theorie, die besonders von Planck[68]), Endemann[69]), Cosack[70]), Przibilla[71]) vertreten wird, legt also dem Willen des Besitzmittlers die entscheidende Bedeutung bei. Zuzugeben ist, daß es nicht darauf ankommt, ob das der Besitzmittelung zugrunde liegende Rechtsverhältnis objektiv gültig ist, sondern ob sich der Mittler für einen Nießbraucher, Mieter usw. hält. Diese Anerkennung des anderen als Auchbesitzer, der ein besseres, höheres Recht an der Sache hat, ersetzt die Gültigkeit des Vertrages. Daß ein Putativ-Verhältnis genügt, wird von der herrschenden Meinung mit Recht angenommen[72]). Der subjektiven Theorie gegenüber müssen wir jedoch einige Einschränkungen machen. Da sie hauptsächlich auf das subjektive Verhalten des unmittelbaren Besitzers abstellt, so müßte der mittelbare Besitz immer dann verneint werden, wenn es an dem Anerkennen bei der Begründung des Rechtsverhältnisses fehlt. Dagegen spricht aber z. B. die Vorschrift des § 870: der Uebergang des mittelbaren Besitzes wird nicht davon abhängig gemacht, daß der Besitzmittler die Sache für den Erwerber haben will. Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift geht der mittelbare Besitz durch seine Uebertragung auch dann über, wenn der Mittler von dem Uebertragungsakt nichts weiß oder ihm widerspricht oder widersprochen hat. Ferner § 1381: der Ehemann, der für Rechnung des eingebrachten Gutes für sich erwerben will, wird auch gegen seinen Willen Besitzmittler.

---

[68]) Anm. 4 b β zu § 868.

[69]) § 31.

[70]) II, S. 90.

[71]) J.W. 08, 395 ff.

[72]) Planck-Brodmann, Anm. 3 zu § 868; Biermann, Anm. 2 d; Staudinger-Kober, II 2 zu § 868; Cosack II S. 90; Crome III § 345 1 b; Endemann, § 32, 2 b; Kohler, S. 76 ff.; Sokolowski, S. 249 u. 261; Kretzschmar, 2 b; Prot. III, 198; IV, 608.

Unhaltbar aber wird die subjektive Theorie dann, wenn sie im Falle des Nichtmehranerkennens den Verlust des mittelbaren Besitzes eintreten läßt. In der Tat wird diese Konsequenz auch von den Vertretern der genannten Theorie gezogen[73]). Mit Recht betont daher Rosenberg[74]), daß man folgerichtig jedesmal die Willensrichtung des Mittlers untersuchen müsse, daß sich in den meisten Fällen ein bestimmter Wille aber gar nicht ermitteln lasse. Rohde[75]) und Strauß[76]) weisen besonders darauf hin, daß der Besitzmittler den mittelbaren Besitz, ohne daß dem mittelbaren Besitzer irgendein Schutz dagegen gegeben würde, jeden Augenblick unberechtigt, ja rein böswillig durch bloße Erklärung dadurch zum Erlöschen bringen könnte, daß er von jetzt an den mittelbaren Besitzer nicht mehr als solchen anerkenne, nicht mehr für ihn besitzen wolle. Die Eigentumsvermutung aus § 1006 III könnte dem mittelbaren Besitzer jederzeit durch einseitiges, widerrechtliches Handeln des Besitzmittlers entzogen, die Unterbrechung der Ersitzung jederzeit durch unrechtmäßige Erklärung des Mittlers herbeigeführt werden. Immer würde der mittelbare Besitz ein Spielball der Laune des Besitzmittlers und seiner Willkür ausgesetzt sein[77]). Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß die rein subjektive Theorie, bis in ihre letzten Konsequenzen durchgeführt, abzulehnen ist, da sie alle Erfordernisse des § 868 verflüchtigt und ausschließlich auf das subjektive Verhalten des Mittlers abstellt. Das Bestehen des mittelbaren Besitzes ist von dem Bewußtsein und Willen der Beteiligten solange unabhängig, als das Erlöschen einer seiner wahren Voraussetzungen sich nicht damit verbindet. In den meisten Fällen wird sich allerdings aus dem Gesichtspunkt der Beschränkung des Besitzrechts des Besitzmittlers gegenüber dem mittelbaren Besitzer ein Anerkennen des anderen als Oberbesitzer oder wenigstens des Rechtsverhältnisses ergeben. Es darf aber nicht darauf ankommen, ob der Besitzmittler im Einzelfall den Fremdbesitzerwillen hat oder nicht.

Mit dieser Einschränkung ist die subjektive Theorie auch auf die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts anwendbar. Mit der Vereinbarung wird dem Käufer die Eigenschaft als Alleinbesitzer genommen, er wird zum Fremdbesitzer; denn er bringt jetzt, soweit das ganze Geschäft überhaupt ernst gemeint war, seine Anerkennung zum Ausdruck,

---

[73]) Przibilla, Diss. S. 76 ff.; Cosack § 193 d IV; Planck Anm. 4 b β zu § 868; a. M. Strauß, S. 24 und 47.

[74]) Anm. II, 2 c γ zu § 868.

[75]) S. 36.

[76]) S. 132.

[77]) So auch Leonhard, S. 73/74 u. Staudinger, Anm. V, 2 b zu § 868.

daß nunmehr sein Besitzrecht dem Verkäufer gegenüber beschränkt sein soll, daß er ihm zur Rückgabe der Kaufsache im Falle der Nichtzahlung verpflichtet sein will.

Zur herrschenden Theorie hat sich die Ansicht Planck's[78]) durchgerungen, nämlich die Theorie von der Ableitung des Besitzes vom mittelbaren Besitzer, die auch vom Reichsgericht vertreten wird. Sie stützt sich auf einige Gesetzesstellen: §§ 941, 986, 991. Dort spricht nämlich das Gesetz davon, daß der unmittelbare Besitzer seinen Besitz vom mittelbaren Besitzer ableitet. Diese Besitzableitung bedeutet, daß die Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitz sich objektiv gerade auf das zwischen ihm und dem mittelbaren Besitzer bestehende Verhältnis stützen muß. Dann darf man aber nicht Besitz-, sondern Besitzrechtsableitung fordern[79]); denn es gibt viele Fälle, in denen jemand den Besitz nicht von einem anderen ableitet, aber trotzdem Besitzmittler ist; z. B. leitet bei jedem Besitzerwerb durch Konstitut der unmittelbare Besitzer den Besitz nicht vom mittelbaren Besitzer, sondern von sich selbst ab, da er ja schon vor der Abrede des Konstituts Besitzer war. Nach der herrschenden Lehre besteht dieses Herleiten von einem anderen einmal subjektiv in dem Anerkennen des anderen als Oberbesitzer, zum andern objektiv in der Verpflichtung zur Herausgabe an den mittelbaren Besitzer, der dem Besitzmittler nur ein beschränktes Recht zum Besitz gewährt hat. Was das subjektive Moment anbetrifft, so müssen wir auf die oben gemachten Ausführungen bezügl. der Einschränkung der subjektiven Theorie verweisen. Neben dem Anerkennen muß der Herausgabeanspruch bestehen. Er ergibt sich aus der Tatsache, daß der Besitz des Mittlers Ausdruck eines dem Oberrechte gegenüber inhaltlich beschränkten Rechts ist, womit aber nicht zu fordern ist, daß das Besitzverhältnis tatsächlich durch Herausgabe an den mittelbaren Besitzer enden muß oder daß das Besitzrecht des Oberbesitzers früher entstanden sein muß, als das des Unterbesitzers[80]). Auch das Reichsgericht[81]) hat sich für das „Ableiten" ausgesprochen: es verlangt für die Annahme der Aehnlichkeit des Rechtsverhältnisses, daß durch „ein konkret bestimmtes obligatorisches oder infolge von Bestellung eines dinglichen Rechts an der Sache entstandenes dingliches Rechtsverhältnis, ein Nutzungsrecht oder eine Verwaltungspflicht des sein Recht zum Besitz von dem anderen ableitenden unmittelbaren Besitzers begründet sei".

[78]) III. Aufl. 2 b zu § 868; Staudinger, Anm. 1 2 a zu § 868; Crome III § 345 I b.

[79]) Wolff § 8 I a.

[80]) Staudinger I, 2 a zu § 868; Geißler, J.W. 05, 522.

[81]) R.G. 49, 173.

Daß auch nach der Ableitungstheorie bei der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts dem Verkäufer der mittelbare Besitz verschafft wird, ist unverkennbar. Das Recht auf den Besitz der Sache erscheint durch die Vereinbarung als vom Verkäufer abgeleitet, der gegen den Käufer auf Grund des Rücktrittsrechts den Anspruch auf Herausgabe geltend machen kann. Auch das subjektive Moment ist erfüllt. Der Käufer ist nicht mehr Eigen- sondern Fremdbesitzer. Er hat gar nicht den Willen, die Sache zeitlich unbeschränkt zu besitzen, vielmehr gibt er bei der Vereinbarung zu erkennen, daß der Verkäufer wieder Eigentümer werden soll.

Das Ergebnis unserer Betrachtungen läßt sich also dahin zusammenfassen, daß nach allen von der Wissenschaft bezüglich des Begriffs „ähnlich" aufgestellten Theorien, mit Ausnahme der von Thiesing vertretenen Theorie von der bestimmungsgemäßen Rückkehr der Sache zum mittelbaren Besitzer, der Verkäufer durch die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts mittelbaren Besitz und damit das Eigentum an der Kaufsache erlangt hat.

In diesem Zusammenhang sei bezüglich der das Konstitut bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt konkretisierenden causa auf ein Moment hingewiesen, auf das Flechtheim[82]) bei der Verteidigung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts als dinglich wirkendes Sicherungsmittel aufmerksam macht. Es handelt sich nämlich um die Frage, ob nicht das durch den nachträglichen Eigentumsvorbehalt gewollte dingliche Sicherungsgeschäft selbst das zur Rückübereignung erforderliche konkrete Rechtsverhältnis darstellt. Wir haben zum Nachweise des konkreten Rechtsverhältnisses die durch die Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts zu dem ersten Vertrage hinzutretenden obligatorischen Rechte des § 455 herangezogen und sie daraufhin geprüft, ob sie ein konkretes Konstitut zu begründen imstande sind. Diese Rechte sind aber doch nur einige von den Bestimmungen, die die zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen offenbaren. Die causa detentionis ist vielmehr in dem Inbegriff der Bestimmungen zu erblicken, die das gegenseitige Besitzverhältnis regeln, und diese Bestimmungen finden ihren Zusammenhalt in dem der Vereinbarung eines nachträglichen Eigentumsvorbehalts zugrunde liegenden Sicherungsvertrag, d. h. der obligatorischen Vereinbarung, auf Grund deren die Uebereignung an den Verkäufer erfolgt ist[83]). Dieses Fiduziarverhältnis muß daher unmittelbar als Rechtsgrund der Uebereignung bezeichnet werden, und die aus ihm entspringenden Ansprüche, insbesondere der Herausgabeanspruch, sind die Trä-

[82]) J.W. 11, 345 ff.
[83]) Senf 32.

ger des zur Eigentumsübertragung erforderlichen Besitzkonstituts. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet auch Flechtheim[84]) anscheinend die Frage nach der dinglichen Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts: „Auch in diesem Falle erklärt der Käufer durchaus nicht, lediglich für den Verkäufer zu besitzen, und es ist auch nicht richtig, wenn das Reichsgericht die Besonderheit des Falles nur darin erblickt, daß dieser abstrakte Besitzwille zeitlich begrenzt sei; denn in dieser zeitlichen Begrenzung liegt gleichzeitig auch eine Qualifizierung des Willens, wie sie durch das konkrete Rechtsverhältnis des Eigentumsvorbehalts hervorgerufen wird. Der Käufer übt den Fremdbesitz aus nicht nur bis zu einer bestimmten Zeit, sondern als der auf Grund eines bestimmten Kaufvertrags zum Besitz berechtigte Käufer und bis zur Zahlung des von ihm geschuldeten Kaufpreises. Aus diesem konkreten Rechtsverhältnis ergeben sich auch ganz bestimmte Grundsätze über die Gefahrtragung, die Sorgfaltspflicht usw., die aus einem abstrakten constitutum possessorium nicht entnommen werden können." Offenbar hat Flechtheim mit diesen Worten dem Gedanken Ausdruck geben wollen, daß der nachträgliche Eigentumsvorbehalt aus sich heraus imstande ist, ein dem § 868 entsprechendes Rechtsverhältnis zu schaffen und die gegenseitigen Rechtsbeziehungen zu regeln. Auch Siméon[85]) bezeichnet das Fiduziarverhältnis und dessen causa unmittelbar als Rechtsgrund der Uebereignung: „Der aus dem Treuverhältnis entspringende Herausgabeanspruch trägt dann auch das zur Eigentumsübertragung nötige Besitzkonstitut." Der Gedanke, das Sicherungsgeschäft als vollwertiges ähnliches Rechtsverhältnis im Sinne von § 868 anzuerkennen, liegt auch einer vom Reichsgericht gebilligten Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt[86]) zugrunde, in der bei der Sicherungsübereignung das fiduzarische Geschäft als die das Konstitut konkretisierende causa anerkannt wird. Die Sicherungsübereignung braucht hiernach nicht mehr in den Deckmantel eines Sicherungskaufs gehüllt zu werden, bei dem Abmachungen getroffen werden, die mit der Natur und dem Zweck eines Kaufvertrages schwer vereinbar sind. Wir können diese Entscheidung um so mehr als Stütze für unsere Ansicht heranziehen, als auch wir das durch die nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts gewollte dingliche Sicherungsgeschäft als Sicherungsübereignung konstruiert haben.

[84]) JW. 11, 347.

[85]) Bd. 1, 1 § 24 II 7.

[86]) J.W. 12, 144; ferner D.J.Z. 07,710; J.W. 11, 181; Komm. v. R.G.-Räten § 868 Ziff. 3; Litten, Verhandlungen des 31. dt. Juristentags 1, 309; Dietz, Bad. Rechtsprechung 1911, S. 8. (zit. n. Flechtheim); Planck Anm. 5 zu § 930; J.W. 13, 432; Recht 1914 Nr. 927.

§ 7.

Die Stellungnahme der Gegner, insbesondere der Vorwurf der Abstraktheit des durch die Vereinbarung begründeten Rechtsverhältnisses.

Der Umstand, daß bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt die Umwandlung von Eigenbesitz in Mittlerbesitz vor sich geht, ohne daß für die Außenwelt diese Aenderung der Beziehung des Käufers zu der Sache irgendwie zutage tritt, hat das Reichsgericht[87]) veranlaßt, der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts die dingliche Wirkung abzusprechen, da in dieser Vereinbarung nur ein abstraktes Konstitut zu erblicken sei. Nach seiner Meinung bringen die Parteien mit der Abrede nur zum Ausdruck, daß der Käufer und bisherige Eigentümer und Eigenbesitzer von nun an die Sache so besitzen solle, als wenn das Eigentum bei der Uebergabe vorbehalten worden wäre. Durch den Vertrag werde nicht ein neues Rechtsverhältnis begründet, das der Veränderung des Willens zur Grundlage und Erklärung hätte dienen können. Es fehle das konkrete Rechtsverhältnis, dessen Hinzutritt erforderlich sei, wenn das constitutum possessorium als Aequivalent der körperlichen Uebergabe das Erfordernis des dinglichen Vertrags erfüllen soll. Eine Veränderung der bestehenden Verhältnisse sei nur in der Willenslage der Parteien eingetreten. Das Reichsgericht verlangt also wegen der bereits einmal vollzogenen vorbehaltslosen Eigentumsübertragung außer der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts noch ein den im § 868 angeführten Beispielen entsprechendes Rechtsverhältnis. Fast die gesamte Literatur hat sich, soweit sie zu der Frage Stellung genommen hat, dieser Meinung angeschlossen[88]). Daß indessen die einfache nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts keineswegs nur ein abstraktes Konstitut enthält, sondern daß die dadurch hergestellten Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer sehr wohl geeignet sind, ein konkretes Rechtsverhältnis zu begründen, da sie die Grundlage und die Erkennbarkeit des Willens darstellen, daß das Eigentum zum Zwecke der Sicherung vom Käufer wieder auf den Verkäufer übergehen soll, glauben wir in der Abhandlung genügend dargetan zu haben. Wenn das Reichsgericht dieses Rechtsverhältnis nicht für genügend konkretisiert erachtet, so ist seine Stellungnahme offenbar in dem Mangel der Publizität der Eigentumsverhältnisse begründet. Für die Außenwelt tritt allerdings der Eigentumswechsel nicht in die Erscheinung, so daß eine Veränderung der bestehenden Verhältnisse nur in der

[87]) R.G. 49, 170 u. R.G. 54, 396.
[88]) Vgl. die Uebersicht S. 43.

Willenslage der Parteien eingetreten ist. Es fragt sich nur, ob nicht diese Aenderung der Willenslage in einem konkreten Rechtsverhältnis ihren Grund hat. Diese Frage mußten wir bejahen. Allerdings ist bei der nachträglichen Vereinbarung von einer ausdrücklichen Erklärung eines Rechtsverhältnisses keine Rede. Dies ist jedoch, wie das Reichsgericht selbst verschiedentlich anerkannt hat, auch nicht erforderlich[89]). Den Vorwurf, den das Reichsgericht gegen den nachträglichen Eigentumsvorbehalt richtet, müßte es gegen das Konstitut überhaupt richten. Denn im Grunde genommen verschleiert es die Beziehungen, statt sie zu offenbaren. Schon Kohler[90]) hat darauf hingewiesen, daß man beim Konstitut den Traditionsakt weniger als körperlichen, denn als geistigen Vorgang aufzufassen hat. Dies hängt eng mit der Zulassung des mittelbaren Besitzes zusammen. Nicht unrecht hat Kohler[91]), wenn er sagt, daß die Funktion des Besitzes, das Eigentum offensichtlich zu machen, überhaupt aufhöre, sobald es einen mittelbaren Besitz gebe. Zwar hat das Gesetz dem Prinzip, die dingliche Rechtslage durch das Rechtszeichen des Besitzes nach außen zu offenbaren, in weitgehendem Maße gehuldigt (§ 1006). Im Rahmen der heutigen Rechts- und Wirtschaftsordnung ist aber eine strenge Durchführung dieses an sich verkehrs- und kreditwirtschaftlich wünschenswerten Prinzips mit der Absicht, dadurch eine Basis für die Beurteilung der wirtschaftlichen Fähigkeiten des Kontrahenten zu schaffen, nicht mehr durchführbar. Es kann auch kaum die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, den Gläubiger vor der Gefahr eines falschen Rückschlusses vom Besitz auf das Eigentum und damit vom Besitz auf die Kreditfähigkeit zu schützen. Auch die Protokolle[92]) betonen ausdrücklich, daß die gefürchtete Täuschung der Kreditgeber nicht vorliege, weil diese überhaupt nicht berechtigt seien, sich auf das Eigentum der im Schuldnerbesitz befindlichen Gegenstände zu verlassen[93]). Es ist daher verfehlt, den nachträglichen Eigentumsvorbehalt für Konsequenzen verantwortlich zu machen, die in dem Mangel des Publizitätsmittels „Besitz" begründet sind. Wenn das Konstitut bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt eine Divergenz zwischen Anschein und tatsächlicher Rechtslage herbeiführt, so sind das Folgen, die nicht nur bei diesem, sondern überhaupt in allen Fällen eines mittelbaren Besitzes auftreten können[94]). Der Mangel der Offenkundigkeit kann daher die Ablehnung der ding-

[89]) J.W. 12, 144; 13, 492; 15, 656.
[90]) Arch. f. bürg. Recht 18, 95 ff.
[91]) S. 58 ff. u. Nathan S. 68 ff.
[92]) III 201 ff.
[93]) Ebenso Kohler, S. 58.
[94]) Endemann II, 1 § 136 Anm. 25.

lichen Wirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehalts nicht rechtfertigen; es geschieht sonst auf Kosten der Ernstlichkeit der Parteivereinbarungen. Bei der Vorberatung des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde daher mit Recht unter dem Hinweis auf die leichten Umgehungsmöglichkeiten des Konstituts nur die Voraussetzung der Ernstlichkeit betont; diese läge vor, wenn die Parteien sich durch das Konstitut die Hin- und Rückgabe ersparen wollten[95]).

Die Entscheidung des Reichsgerichts im 54. Bande darf aber noch aus einem anderen Grunde nicht unwidersprochen bleiben. Es hat dort nämlich die Auffassung vertreten, daß eine andere Beurteilung hinsichtlich der dinglichen Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts eintreten müßte, wenn der Verkäufer die Sache vom Käufer zurückkauft und sie ihm gleichzeitig unter Eigentumsvorbehalt wieder kaufweise überläßt, also zurückzurück verkauft. Diesen Gedanken hat das Oberlandesgericht Düsseldorf[96]) einer Entscheidung über den nachträglichen Eigentumsvorbehalt, auf die Flechtheim besonders hinweist, zugrunde gelegt. Hier wird ein vorbehaltlos verkauftes und übergebenes, aber nur teilweise bezahltes Pferd, da der Käufer seiner Zahlungspflicht nicht nachkommt, vom Verkäufer zurückgekauft und dann mit geringfügiger Aenderung der Zahlungsbedingungen dem Käufer von neuem unter Eigentumsvorbehalt verkauft, ohne daß eine körperliche Hin- und Rückgabe stattgefunden hat. In diesem Rückverkauf erblickt das Oberlandesgericht Düsseldorf ein causales constitutum possessorium und erkennt daher den Anspruch des Verkäufers auf Herausgabe des Pferdes an. Diesen Standpunkt können wir nicht billigen; denn ein Rückkauf ist nicht geeignet, ein Rechtsverhältnis gemäß § 868 zu begründen, da er nur einen Uebereignungsanspruch, also ein obligatorisches, keinesfalls aber dingliches Recht gewährt, indem er nur einen anderen Rechtsgrund für die Eigentumsübertragung darstellt, aber noch keine Erklärung für den Besitz des Käufers liefert. Das Oberlandesgericht gelangt dann zu der Schlußfolgerung, daß sich der Verkäufer, der sich erst nach der Uebergabe durch Eigentumsvorbehalt sichern will, die Sache, die er zu diesem Zwecke zurückkauft, nicht erst körperlich zurückgeben zu lassen braucht, sondern die Uebergabe dadurch ersetzen kann, daß er die Sache von neuem nunmehr unter Eigentumsvorbehalt verkauft, eine Folgerung, die verständlich ist, da ein Hin- und Hergeben eine zwecklose Belastung für den Verkehr bedeuten würde.

Natürlich müßte das Reichsgericht die Entscheidung des Oberlandesgerichts billigen, hat es doch selbst den Weg dazu gewiesen. Ganz abgesehen davon, daß, wie schon erwähnt,

[95]) III, 198 und 201.
[96]) Rhein. Arch. 108, 145 ff. (zit. n. Flechtheim).

die Vereinbarung eines Rückkaufs kein konkretes Rechtsverhältnis darstellt, zeigt sich hier deutlich, in welchen konstruktiven Bahnen sich die Rechtsprechung unserer Gerichte bewegt, anstatt dem Willen der Parteien dadurch gerecht zu werden, daß sie die Tendenz der §§ 930, 868 für sie gelten läßt. Außerdem würden die Rechtsbeziehungen der Kontrahenten untereinander für dritte durch Vereinbarung eines Rückkaufs trotzdem unerkennbar sein.

Am Schlusse dieses Abschnittes sei noch eine kurze Uebersicht über die Stellungnahme der Literatur und Praxis zu der Frage des nachträglichen Eigentumsvorbehalts gegeben Es lassen sich zwei Hauptgruppen aufstellen:

1. Vertreter der obligatorischen Wirkung,
2. Vertreter der dinglichen Wirkung.

Die erste Gruppe, die die herrschende Meinung vertritt, verneint die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts, ohne aus der sehr umstrittenen Frage, ob der rechtzeitige Eigentumsvorbehalt ein Besitzmittelungsverhältnis begründet, eine Schlußfolgerung zu ziehen. Sie begründet ihren Standpunkt damit, daß durch die bloße nachträgliche Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts das Eigentum auf den Verkäufer nicht zurückübertragen werden kann. Sie verlangt ein neues konkretes Rechtsverhältnis und folgt damit ganz der Auffassung des Reichsgerichts[97]).

Zu dieser Gruppe gehören auch einige Vertreter, die dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt nur deswegen obligatorische Wirkung zusprechen, weil auch der ursprüngliche Eigentumsvorbehalt kein Besitzmittelungsverhältnis enthält[98]).

Die zweite Gruppe sucht die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts mit Hilfe der Rechtsbeziehungen zwischen Käufer und Verkäufer beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt zu begründen. Sie nimmt mit der herrschenden Meinung[99]) an, daß der rechtzeitige Eigentumsvorbehalt ein Be-

[97]) Staudinger, Anm. 12 zu § 455; Anm. 1 b γ zu § 930; Oertmann Anm. 7 zu § 455; Düringer-Hachenburg II Vorbem. XXIV, 2 a zu § 368; Komm. v. R.G.-Räten, Anm. 3 zu § 455; Staub, Anm. 63 zu § 382; R.G. 49, 170 ff.; 54, 396 ff.; Recht 03 Nr. 2265; J.W. 05, 18; Endemann 2, 1 § 80 Anm. 25; Schmidt S. 40 ff.; Behrendt 52 ff.; Caspari S. 19; Koch S. 11, Bertermann S. 35 und Behrens S. 21.

[98]) Planck Anm. 3 zu § 930; Börger S. 28 ff., Brinckmann S. 52 ff.; Kemperdick S. 21; Guyet S. 38.

[99]) R.G. 69, 198; R.G. 74, 126; 54, 396; 64, 334; O.L.G. 15, 356; Staudinger Anm. 2 h zu § 868; Komm. v. R.G.-Räten Anm. 3 zu § 868; Windscheid-Kipp I S. 796; Staub Anm. 63 zu § 382; Dernburg III § 102, 1; Wolff § 8 I b; Rohde, S. 21; Neumann Anm. I 3 b zu § 868; Pudor J.W. 05, 314 ff.; Geißler J.W. 05, 521 ff.; Przibilla J.W. 08, 395; Jaffé S. 59; Sent S. 27; Behrens S. 37/38; Behrendt S. 50; a. M. Thiesing S. 249; Endemann § 32 Anm. 5; Planck Anm. 2 b β zu § 868; Crome III § 345, 1; v. Gierke II § 114 Anm. 39; Biermann Anm. 2 b; Kretzschmar 2 c zu § 868; Kreß S. 139 u. 196 ff.; Kemperdick S. 14; Strauß S. 19; Börger S. 18.

sitzmittelungsverhältnis begründet und hält es für eine Inkonsequenz, wenn nicht auch bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt das Vorhandensein eines konkreten Rechtsverhältnisses bejaht wird[100]).

Simmet geht davon aus, daß beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt das Besitz- und Benutzungsrecht auf den stillschweigenden Abschluß eines besonderen Gebrauchsüberlassungsvertrages zurückzuführen ist. Den Abschluß eines solchen Vertrages fingiert er dann auch bei dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt und kommt so zu dem Ergebnis, daß das Eigentum mittels constitutum possessorium wieder auf den Verkäufer zurückübertragen ist. Das Gebrauchsrecht ist indesesen nur eine von den Bestimmungen, die die Rechte und Pflichten der Parteien verteilen. Die wahre causa ist vielmehr, wie wir gesehen haben, das Sicherungsgeschäft als der Inbegriff aller dieser Bestimmungen, so daß sich der nachträgliche Eigentumsvorbehalt seine causa nicht erst von einem stillschweigenden Gebrauchsüberlassungsvertrag zu holen braucht.

Cosack nimmt in dem Kreise der Vertreter, die die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts bejahen, eine besondere Stellung ein. Nach seiner Meinung ist es nicht nötig, daß die Parteien in diesem Falle besonders erklären, daß der Käufer die Sache als Mieter oder Verwahrer behalte. Sein Standpunkt erklärt sich daraus, daß er das Vorkommen eines abstrakten Konstituts überhaupt verneint.

In einer neueren Entscheidung bejaht das Reichsgericht[101]) im Gegensatz zum Berufungsgericht die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts. Es erblickt hier in den Parteiabmachungen die stillschweigende Vereinbarung eines Besitz- und Nutzungsrechts. Ausdrücklich hält es jedoch die Entscheidung im 54. Bande aufrecht, die die bloße Wiederholung des früheren Vertrages mit Hinzufügung des Eigentumsvorbehalts nicht für ausreichend erachtet, sondern ein neues konkretes Rechtsverhältnis für die Rückübereignung verlangt.

III. Abschnitt.

§ 8.

Die Wirkung der dinglichen Natur des nachträglichen Eigentumsvorbehalts.

Mit der Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts nach unbedingter Uebereignung beabsichtigen die Parteien, wie wir gesehen haben, einen Eigentumswechsel. Sie sind sich darüber

[100]) Flechtheim J.W. 11, 345 ff.; Jaffé S. 59; Kunze S. 48; Rothschild S. 30; Schlochauer S. 30 ff.; Senf S. 32; Simmet J.W. 11, 705; Cosack II S. 131.

[101]) J.W. 15, 445.

einig, daß von nun an der Verkäufer wieder Eigentümer werden soll. Der dinglichen Wirkung stehen, wie wir zu beweisen versucht haben, rechtliche Bedenken nicht entgegen. Wenn der Parteiwille jedoch darauf gerichtet war, den Eigentumsübergang als nicht erfolgt anzusehen, so hat dies keine rechtliche Bedeutung; denn die Tatsache, daß der Käufer durch die vorbehaltlose Uebergabe Eigentümer der Kaufsache geworden ist, können die Parteien nicht wieder aus der Welt schaffen[102]). Daher ist auch eine Rückdatierung der nachträglichen Vereinbarung auf den Tag des Kaufabschlusses unbeachtlich. Die dingliche Wirkung kann sich also nur von dem Zeitpunkt der Vereinbarung ab auf die Zukunft erstrecken[103]). Die im Zwischenstadium getroffenen Verfügungen des Käufers oder die Begründung von Rechten Dritter wirken also auch gegen den Verkäufer, z. B. wäre eine während dieser Zeit vom Käufer vorgenommene Veräußerung oder Verpfändung bzw. die Pfändung eines Dritten dem Verkäufer gegenüber voll wirksam[104]). Auch eine in der Zwischenzeit eingetretene Verbindung gemäß § 946 B.G.B. würde die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts illusorisch machen. Mit dem Abschluß des zweiten Vertrages ist jedoch dem Käufer das Verfügungsrecht über die Kaufsache entzogen. Er würde sich sonst der Unterschlagung nach § 246 Str.G.B. schuldig machen. Allerdings würden gutgläubige dritte Personen kraft ihres guten Glaubens an das Eigentum des Veräußerers gemäß § 932 B.G.B. geschützt[105]). Der Verkäufer hätte ferner trotz des Eigentumsvorbehalts das Nachsehen, wenn die Sache nach § 935 II durch öffentliche Versteigerung verkauft wird. Im übrigen stehen dem Verkäufer aber alle Befugnisse zu, die sich aus dem Eigentumsrecht ergeben. Indessen erfahren auch diese wieder insofern eine Einschränkung, als vermöge des durch die resolutiv bedingte Uebereignung begründeten Anwartschaftsrechts des Käufers eine Verfügung des Verkäufers über die Sache gemäß § 161 II B.G.B. unwirksam ist.

Die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts ist von besonderer Bedeutung jedoch erst im Konkurse des Käufers, wie ja der Konkurs überhaupt ein Prüfstein für die Dinglichkeit eines Rechts ist. Da der Verkäufer durch die nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts wieder Eigentümer geworden ist, so gehört die Kaufsache nicht zur Konkursmasse des Käufers. Der Verkäufer hat vielmehr das Recht, die Sache nach § 43 K.O. aus der Masse auszusondern.

---

[102]) Jaffé, S. 14; Brinckmann S. 63.

[103]) Senf S. 10.

[104]) a. M. Behrens, S. 21.

[105]) Staub, Anm. 64 zu § 382.

Rechtliche Bedenken gegen ein Aussonderungsrecht des Verkäufers könnten allerdings aus der Tatsache hergeleitet werden, daß wir die durch die nachträgliche Vereinbarung des Eigentumsvorbehalts gewollte Sicherung des Verkäufers als Sicherungsübereignung konstruiert haben. Obgleich bei der Sicherungsübereignung der Fiduziar Eigentümer wird, so hat er nach der herrschenden Meinung im Konkurse des Fiduzianten doch nur ein Absonderungsrecht gemäß § 48 K.O. Sie begründet diesen Standpunkt damit, daß der Fiduziar rechtlich zwar Eigentümer geworden ist, daß er wirtschaftlich jedoch einem Pfandgläubiger gleichsteht, da der Wille der Parteien in Wahrheit nur auf Begründung eines Pfandrechts gerichtet war[106]). Entsprechend gewährt sie dem Fiduzianten im Konkurse des Fiduziars ein Aussonderungsrecht.

In unserem Falle würde man aber den Parteien eine Absicht unterschieben, die sie in Wirklichkeit nicht gehabt haben, wenn man sagen wollte, daß sie mit der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts ein Pfandrecht begründen wollten. Sie beabsichtigen vielmehr mit der Vereinbarung die Herbeiführung desselben Zustandes, der bei rechtzeitiger Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts zwischen Vorbehaltskäufer und -Verkäufer besteht. Ihr Wille war also tatsächlich auf einen Eigentumswechsel mit allen seinen Folgen gerichtet. Die Anwendung des § 48 K.O. auf den Tatbestand der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts müssen wir daher ausschließen, wenn man auch eine derartige Vereinbarung in eine resolutiv-bedingte Sicherungsübereignung umdeuten muß.

Aber nicht nur bei der Generalexekution, sondern auch bei der Einzelexekution tritt die Vorzugsstellung, die die dingliche Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts dem Verkäufer gewährt, zutage. Hier steht dem Verkäufer im Falle der Pfändung der Kaufsache durch einen Gläubiger des Käufers das Recht zu, gegen die Zwangsvollstreckung Widerspruch zu erheben, da er an dem Gegenstande ein die Veräußerung hinderndes Recht hat. (§ 771 Z.P.O.) Durch die sog. Exekutionsinterventionsklage ist ihm die Möglichkeit gegeben, die Kaufsache dem Zugriff der Gläubiger des Käufers zu entziehen.

Auch das fiduziarische Eigentum würde dem Verkäufer das Recht, die Interventionsklage zu erheben, nicht nehmen können. Man kann den Fiduziar nicht etwa auf die Rechte des § 805 Z.P.O. beschränken, der ihm nur den Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse gibt; denn wie Stein[107])

[106]) Jaeger, Anm. 10 zu § 48 KO.; Düringer-Hachenburg, Vorbem. 130 zu § 368 H.G.B.; Staudinger IV d zu § 929 R.G. 24, 46 ff.; Fischbach, S. 239; Schwarz, S. 42. Ueber die Frage, ob die Anwendbarkeit des § 17 K.O. gegeben ist, vgl. Staub, Anm. 76 ff. zu § 382 H.G.B. und Jaffé, S. 87/88.

[107]) Anm. II, 1 a zu § 771 Z.P.O.

richtig bemerkt, ist mit der Zulassung der Sicherungsübereignung eine andere Rechtsform als das Pfandrecht zu dem gleichen wirtschaftlichen Zweck anerkannt.

Eine andere Beurteilung würde sich aber auch dann nicht ergeben, wenn man nach einem Vorschlage von Hellwig[108]) im Wege der gesetzlichen Regelung die Anwendung des § 805 Z.P.O. zum Schutze dritter Gläubiger auf die Sicherungsübereignung bestimmen würde; und zwar kommen hier dieselben Gründe in Betracht, aus denen wir die Anwendung des § 48 K.O. auf den nachträglichen Eigentumsvorbehalt ausgeschlossen haben.

Schluß.

Wir haben somit zu beweisen versucht, daß der dinglichen Wirkung der nachträglichen Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts weder juristische noch wirtschaftliche Gründe entgegenstehen. Was die letzteren anbetrifft, so wird von den Gegnern in erster Linie darauf hingewiesen, daß, wenn schon beim ursprünglichen Eigentumsvorbehalt Dritten gegenüber Zweifel hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse bestehen, dieser Mißstand wenigstens durch Unwirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehalts eingeschränkt werden soll, andernfalls „einer Ueberflutung des Geschäftslebens mit zweifelhaften Manipulationen Tor und Tür geöffnet würde[109])".

Diese Gründe können die Ablehnung der dinglichen Wirkung nicht rechtfertigen; denn wenn man dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung deswegen versagen will, weil infolge des Mangels der Publizität der Eigentumsverhältnisse der Käufer in der Lage ist, sich unberechtigt Kredit zu verschaffen, so könnte man denselben Vorwurf dem kommissionsweisen Warenvertrieb z. B. oder dem Eigentumsvorbehalt überhaupt machen. Man wird es hier wie dort bei dem Hinweis darauf bewenden lassen, daß ein vorsichtiger Mensch nicht ohne weiteres annimmt, daß alles, was der Schuldner besitzt, ihm auch gehört, sondern mit der Möglichkeit des Eigentumsvorbehalts, der Kommissionsgutseigenschaft oder der Sicherungsübereignung rechnet.

Die Benachteiligung aber, die andere Gläubiger im Konkurse oder in der Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Käufers erfahren, ließe sich durch strengere Anforderungen an den Beweis der Ernstlichkeit der Uebereignung oder durch eine schärfere Handhabung der Anfechtung im Konkurse oder außerhalb des Konkurses nach dem Anfechtungsgesetz (§ 3) etwa durch Fristenverlängerung beseitigen[110]).

[108]) Gläubigernot, „Recht u. Wirtschaft" 1, 27 ff.
[109]) Brinckmann, S. 61; ferner Behrendt S. 57.
[110]) vgl. J.W. 11, 300 ff.; D.J.Z. 12, 1041 ff.

Die juristischen Argumente der Gegner der dinglichen Wirkung des nachträglichen Eigentumsvorbehalts dagegen beruhen auf einer zu engherzigen, buchstabenmäßigen Interpretation der §§ 930, 868. Sie lassen den Parteiwillen völlig außer acht. Mit scharfen Worten geißelt Flechtheim[111]) die scholastische Konstruktionsjurisprudenz des Reichsgerichts, das die Frage nach der dinglichen Wirksamkeit des nachträglichen Eigentumsvorbehalts nicht aus den Zwecken der die Eigentumsübertragung regelnden §§ 930, 868 entwickelt, sondern aus einer juristisch-logischen Interpretation dieser Vorschriften. Er weist besonders auf die Wirkung hin, die die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf das Publikum ausüben muß, wenn es einem „wirtschaftlich berechtigten Vorgang erst dann zur rechtlichen Anerkennung verhilft, wenn er durch allerlei Zutaten wie Rückkauf verschnörkelt wird, ohne daß dadurch hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse für die Außenwelt Klarheit geschaffen wird".

Den Nachweis indes, daß dem nachträglichen Eigentumsvorbehalt die dingliche Wirkung auch ohne besondere Vereinbarung eines neuen konkreten Rechtsverhältnisses nicht zu versagen ist, glauben wir in der vorliegenden Abhandlung erbracht zu haben. Dieses Ergebnis entspricht auch der Billigkeit und dem Willen der Parteien, während die Ansicht der Gegner den Parteiwillen völlig ignoriert, ganz abgesehen davon, daß die Ablehnung der dinglichen Wirkung, wie Simmet[112]) mit Recht bemerkt, dadurch moralisch schädlich wirkt, daß einem Vertragsschließenden die Möglichkeit gegeben ist, entgegen der früheren Vereinbarung sein Wort zu brechen.

---

[111]) J.W. 11, 345 ff.
[112]) J.W. 11, 705 ff.

Lebenslauf.

Am 28. 4. 1901 wurde ich als Sohn des Postagenten Hermann Wiese zu Schmachtenhagen bei Oranienburg geboren. Nach anfänglichem Besuch der Dorfschule zu Schmachtenhagen trat ich in die Sexta des Realprogymnasiums zu Oranienburg ein, wo ich Ostern 1918 das Einjährigen-Examen bestand. Ich besuchte darauf das Reformrealgymnasium in Zehlendorf bei Berlin, das ich Ostern 1921 nach bestandenem Abiturienten-Examen verließ, um an der Universität Berlin Jura zu studieren. Die Universität Berlin vertauschte ich im 6. Semester mit der Universität Leipzig. Im 7. und 8. Semester studierte ich in Breslau.

Die Anregung für die vorliegende Dissertation erhielt ich von Herrn Professor Dr. Bruck. Das Rigorosum legte ich am 27. 1. 1927 ab.